النظام القانونى الجنائى

عناصر تكوينه - مصادره - خصائصه

ومنهج تفسير قواعده

الأستاذ الدكتور

جلال ثروت

عميد كلية الحقوق ونائب رئيس

جامعة الإسكندرية - الأسبق

٢٠٠٦

النظام القانونى الجنائى

تمهيـــد وتقييم :

١٤ - من المسلم به أنه حيث يوجد مجتمع فلابد أن يوجد قانون ، أو بتعبير أدق ، لابد من وجود « نظام قانونى » لهذا المجتمع · وهذا النظام القانونى بنيان متكامل يهدف أول ما يهدف الى تحقيق «الضبط الاجتماعى» فى المجتمع الذى يطبق فيه ، ومن ثم كان جوهره أو محتواه هو مجموعـة المبادىء أو القيم أو النظم السائدة فى هذا المجتمع · وعلى المفسر أن يلجأ دائما الى هذا المضمون أو المحتوى كى يقيم الصلة الطبيعية بين « روح » النظام وظاهره ، أو بين جوهر القانون وشكله ·

وهذا النظام القانونى المتكامل ، المتواصـل تواصلا عضـــويا ، فى موضـــوعه وشكله ، يتفرع الى عديد من الأنظمة القـــانونية تترابط فيما بينها لتحكم أوجه النشاط الاجتماعى العديدة فى هـذا المجتمع · ومن ثم يوجد نظام قانونى يحكم العـــلاقات بين الأفراد بعضهم البعض (النظام القانونى الخاص) ونظام قانونى يحكم العلاقات بين الأفراد وبـين الادارة العامة أو السلطات المختلفة فيها (النظام القانونى العام) ونظام قانونى يحكم العلاقات بين الدول (النظام القـــانونى الدولى) · وهذه الأنظمـة القانونية المتنوعة يرتبط بعضها بالبعض الآخر ارتبـــاطا تكامليا وتكون جميعا نظاما قانونيا لمجتمـــع من المجتمعات · ويهمنا من هـذه الأنظمة القانونية ، النظام القـــانونى الذى يحكم نشاط الأفراد عنـدما يرتكبون « جريمة » من الجرائم ، وكذلك نشـــاط الدولة فى تنظيم سـلطتها فى العقاب ، وأعنى به النظام القانونى الجنائى ·

ولسوف نتناول فى هذا الباب دراسة هذا النظام القانونى الجنائى فى جانبه الموضوعى (قانون العقوبات) لا فى جانبه الاجرائى أو الشكلى

(قانون الاجراءات الجنائية) فندرسه على فصول أربعة . يتناول الفصل الأول منها : وحدة هذا النظام وأعنى به القاعدة الجنائية . ويتناول الفصل الثانى ، مصادر هذا النظام القانونى المباشرة وغير المباشرة . ويتناول الفصل الثالث ، أصول التفسير القانونى لقواعد هذا النظام . ويتناول الفصل الرابع ، سريان قواعده من حيث الزمان والمكان والأشخاص .

الفصل الأول

القاعدة الجنائية

La Norme Penale

عموميات :

١٥ – يأتلف النظام الجنائي (او الجزائي) من مجموعة من القواعد القانونية لا يتضمنها فقط تشريع العقوبات ولكنها توجد أيضا في غيره من التقنينات والقوانين الخاصة ·

وللتعرف على ما اذا كانت القاعدة جنائية أم غير جنائية يستهدى الباحث بعدة خصائص ، اذا اكتملت أكسبت القاعدة صفة « القاعدة الجنائية » ، ولسنا نعنى بهذه الخصائص ، الخصائص المشتركة فى جميع القواعد القانونية ، من أنها قاعدة عامة مجردة ، صادرة عن سلطة تملك اصدارها ومقرر لها جزاء · فهذه الخصائص هى التى تجعل قاعدة السلوك ، قاعدة « قانونية » وانما نعنى خصائص أخرى تنفرد بها القواعد الجنائية دون سائر القواعد القانونية ·

وأولى هذه هذه الخصائص أنها قواعد آمرة · فهى بوصفها قاعدة قانونية مفروضة من الدولة ، لا تقبل أدنى اتفاق على مخالفتها ، وليس هذا فقط بل انها توجه سلوك الأفراد الوجهة التى تتفق وصالح المجتمع · فهى لا تسلم – كالقاعدة المدنية مثلا – بحرية الأفراد فى التصرف ، وانما تملى على الأفراد سلوكا معينا لأنه فقط بمثل هذا السلوك تكفل الحفاظ على بقاء المجتمع وتطوير حياته تطويرا أفضل ·

بيد أن الصفة الآمرة – وان كانت الخصيصة البارزة فى القاعدة الجنائية – ليست هى الصفة الوحيدة فيها · فلهذه القاعدة وظيفة أخرى

هى أنها تقوم بتقدير سلوك الأفراد ، بمعنى أنها تعطى « حكما » بأن هذا السلوك مخالف أو مطابق لأهداف الجماعة . ذلك أن الشارع عندما يمنع اتيان سلوك معين او يأمر باتيان سلوك آخر انما يفعل ذلك لأنه يقدر أن اتيان السلوك أو عدم اتيانه يلحق الضرر بالمصالح الأساسية فى المجتمع أو على الأقل يهدد هذه المصالح بالخطر وكان الدولة بهذا المنع (بواسطة القاعدة الجنائية) تصدر حكما على السلوك بانه مخالف لأهداف الجماعة وانه لهذا محظور على الأفراد ممارسته .

والحق أن هذه « الوظيفة التقويمية » التى تتميز بها القاعدة الجنائية لا تنفصل فى حقيقة الأمر - عن وظيفتها الأساسية الأخرى ، وأعنى بها الخصيصة الآمرة ، فهاتان الخصيصتان وجهان لحقيقة واحدة ، اذ أن القاعدة الجنائية لا يمكن أن تامر بسلوك معين أو بالكف عنه الا اذا « قدرت » أن هذا السلوك مخالف لأهداف الجماعة .

واخيرا فهناك خصيصة أخرى تتميز بها القاعدة الجنائية ، وهى أن مصدرها الدولة Norme Etatique فليست القواعد الصادرة من الهيئات والجماعات ، التى تحيا داخل الدولة بالقواعد الجنائية بالمعنى الصحيح ولو انطوت على جزاء . ذلك أن أساس الالزام فيها هو خضوع الفرد خضوعا اراديا بحتا لأحكام ونظم هذه الجماعات والهيئات . انما تصبح القاعدة جنائية اذا تولت الدولة - بواسطة سلطتها القضائية وعن طريق دعوى قضائية - توقيع الجزاء المقرر فيها .

التكليف والجزاء فى القاعدة الجنائية :

١٦ - تاتلف القاعدة الجنائية من عنصرين : التكليف Preceptive Légis والجزاء Sanctio Légis .

والتكليف ، هو الأمر بممارسة السلوك على نحو معين ، أى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

والجزاء ، هو الأثر القانونى المترتب على مخالفة هذا التكليف ·

هذا الجزاء لا يظهر فى القاعدة الجنائية بصورة مباشرة ، بمعنى أن التكليف يظهر فى نص قانونى والجزاء فى نص آخر ، انما ياخذ عادة صورة « غير مباشرة » بحيث يفهم وجوده ضمنا · فالقانون مثلا لا يقول : لا تقتل (وهذا هو التكليف) ، وفى نص آخر يقول : « جزاء القتل كذا ··· » انما يقول : « كل من قتل انسانا عمدا يعاقب ··· » ·

وعلى العكس من ذلك ، فان التكليف يظهر بصورة مباشرة فى القاعدة الجنائية لأن التكليف ليس الا السلوك نفسه المأمور به أو المنهى عنه · والذى يوضع الجزاء من أجل كفالة احترامه ·

والتكليف : اما أن يأخذ صورة « نهى » Diviéto
أو صورة « أمر » Comando

فى الصورة الأولى ، يمنع القانون الأفراد من القيام بعمل معين ، مثلا يمنع الأفراد من القتل أو السرقة أو التزوير أو التجسس أو القذف أو السب ··· الخ ·

وفى الصورة الثانية ، يأمر الأفراد بالقيام بعمل معين ، مثلا ، يأمر الموظف بالابلاغ عن الجريمة ، أو يأمر الشخص المجند بالتقدم للخدمة العسكرية ، أو يأمر القاضى بالفصل فى النزاع المعروض عليه · وفى الصورة الأولى ، صورة ما اذا تضمنت القاعدة « نهيا » عن سلوك معين ، يرتكب المخالف جريمة بواسطة « فعل ايجابى » أما فى الصورة الثانية ، اعنى فى حالة « الأمر » بسلوك معين ، فيرتكب المخالف جريمة بواسطة « فعل سلبى » أى بواسطة الامتناع ·

وسواء تضمن التكليف نهيا أو أمرا بسلوك معين فانه يضع فى القاعدة الجنائية وصفا للسلوك الاجرامى فى صورته الايجابية أو السلبية · وهذا الوصف هو الذى يعبر عنه بتعبير « النموذج القانونى » ·

أما الجزاء ، فهو الأثر القانوني الذى ترتب نتيجة مخالفة التكليف في القاعدة الجنائية ، فينحصر في التهديد بانزال ضرر بالجاني ، أى انزال « عقاب » به . والمقصود به بداهة التأثير على ارادة الأفراد بحيث يردعهم العقاب عن مخالفة تكاليف القانون . فهو بمثابة « صمام أمن » ضد النزعات الاجرامية ، أو هو – كما يقول روماتيوزو – بمثابة دفعة مضادة للدفعة الاجرامية .

والحق أن وجود الجزاء هو الذى يميز القاعدة الجنائية على وجه الخصوص بيد أن هذا الجزاء من نوع خاص . فالمقصود به « العقوبة » La peine أو تدابير الاحتراز Les Mesures de sureté

أما العقوبة فتميزها خصيصتان :

الاولى : أنها تترتب نتيجة لوقوع « الخطأ » Culpabilité .

الثانية : أنها تحدث ألما لمن توقع عليه .

وأما تدابير الاحتراز ، فانها لا تبنى على « الخطأ » ، وانما على « الخطورة الجنائية » Pericolosita — Etat dangereux .

وليس القصد منها انزال « ألم » بالجاني ، وانما المقصود بها الدفاع عن المصالح الاجتماعية . فهى تطبيق لفكرة « الدفاع الاجتماعي » Defénse Sociale ، أكثر مما هي تطبيق للمسئولية الأدبية (المسئولية عن خطأ) . ومع هذا فهى تتفق مع العقوبة في أنها لا توقع الا بنص في القانون .

نتائج هذا التحليل :

(أ) النظريات الجزائية :

١٧ – وليس معنى أن القاعدة الجنائية تتألف من تكليف Precepte وجزاء Sanction أنها تتكون من شيئين منفصلين ، فالحقيقة أنهما شئ

واحد . لأن الجزاء بدون تكليف يكون قاعدة قانونيـة بلا مضمون . أى يرتب نتيجة بدون سبب . والتكليف بدون جزاء يغدو قاعدة بلا أثر . أى يعطى سببا بلا نتيجة . على هذا يبدو ان التكليف والجزاء كلاهما شق من القاعدة الجنائية ، وأنه فقط بواسطة التحليـل النظرى يمكن التمييز بينهما .

ومن أجل هذا ، هجرت الفكرة القديمة التى من مقتضاها أن قانون العقوبات قانون « ذو طابع جزائى بحت » ، بمعنى أنه يتضمن فقط الجزاء الخاص بتكاليف تضعها فروع أخرى من القانون سواء أكان قانونا عاما أو خاصا . فالقانون الجنائى – فى منطق هذه النظريات – لا يفعل أكثر من وضع الجزاء (أو توكيده) الخاص بالأوامر والنواهى التى تتضمنها فروع أخرى من القانون . أو على الأكثر (كما يرى جرسبينى Grispigni تتضمن كل قاعدة من قواعده تكليفه وجزاء . بيد أنها تفترض – من الناحية المنطقية – سبق وجود التكليف فى فرع آخر من فروع القانون .

على أننا لا نسلم بمنطق هذه النظريات التى تعطى للقانون الجنـائى طابعا جزائيا بحتا بالنسبة لسائر القوانين . وحجتنا فى ذلك أن القاعدة الجنائية قد تنطوى على « تكليف » لا يوجـد فى أى فرع آخر من فروع القانون ، فكيف تنحصر اذن وظيفة القانون الجنائى فى وضع الجزاء بالنسبة لتكليف لا وجود له فى غيره من القوانين ؟ .

وعلى سبيل المثال ، لا توجد أية قاعدة قانونية – غير القاعدة الجنائية – تتناول مسائل الاعتداء على الشعائر الدينية (م ١٦٠ عقوبات وما بعدها) وكذلك الشروع فى الجريمة والاتفاق الجنائى . أكثر من هـذا فان الجزاء الجنائى لم يعد محصورا فى العقوبة وحدها وانما وجدت الى جانبها التدابير الاحترازية ، وأخذت أهميتها تزداد فى التشريعات المعاصرة . فمن المنطقى اذن أن نسلم أن القواعد الجنائية كلها – كهذه القواعد – تستقل بتكليف وجزاء خاصين بها . واذا حدث التقاء بين تكليف جنائى وتكليف غـ

جنائى نذلك لأن القانون الجنائى وغيره من القوانين داخل الدولة كلهـا فروع من نظام قانونى واحد سائد فى المجتمع ٠

نخلص من هذا اذن الى أن القاعدة الجنائية ليست قاعدة « تابعة » لغيرها من قواعد القانون ، وانما هى قاعدة أصيلة ، يكون التكليف والجزاء فيها كلا متناسقا ، يستقل فى نشـأته وحياته ـ من النـاحية الزمنية والمنطقية ـ عن سائر قواعد القانون ٠

(ب) ذاتية القانون الجنائى :

عرض المشكلة :

١٨ ـ على ضوء النتيجة السابقة نستطيع أن نحكم فى قضية ذاتيه القانون الجنائى والمشكلة تعرض ، كلما انطوت قاعدة جنـائية على تعبير يخص فى الأصل فرعا آخر من فروع القانون غير قانون العقوبات ٠ فى مثل هذه الحالة ، هـل نرجع فى تفسيره الى معنـاه المحدد له فى فرعـه الأصيل ، أم أن هذا التعبير ـ طالما أنه وارد فى قاعدة جنائية ـ يخضع للمبادىء التى تحكم تفسير القانون الجنائى ويتمشى مع « العلة » فى وضع نص التجريم ؟ ٠

مثال ذلك : فى جريمـة سحب شيك بدون رصيد (المـادة ٣٣٧ عقوبات) أو فى جريمة الافلاس (المـادتان ٣٢٨ ، ٣٢٨ عقوبات) أو فى جريمة الرشوة (المـادة ١٠٣ عقوبات) أو فى جريمة اختلاس المـال العام (المـادة ١١٢ عقوبات وما بعدها) أو فى جريمـة السرقة (المـادة ٣١١ عقوبات) أو خيانة الأمانة (المـادة ٣٤١ عقوبات) واختـلاس الأشـياء المحجوز عليها (المـادة ٣٢٣ عقوبات) ٠

فى كل هذه الجرائم ، تنطوى القواعد الجنائية الخاصة بها على تعبيرات يتوقف تفسيرها على تحديد معناها فى فروع أخرى غير قانون العقوبات ٠

ففى جريمة سحب شيك بدون رصيد وفى جريمة الافلاس بالتدليس أو بالتقصير نلجأ الى القانون التجارى لتحديد معنى « الشيك » ومعنى « الافلاس » و· وفى جريمة الرشوة واختلاس المال العام ، فلجأ الى القانون الادارى لتحديد معنى « الموظف العام » وفى جريمة خيانة الأمانه والنصب والسرقة نلجأ الى القانون المدنى لتحديد معنى عقود الأمانه ولتحديد فكرة الحيازة · وفى جريمة اختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائيا نلجأ الى قانون المرافعات المدنية لتحديد معنى « الحجز القضائى » وهكذا يثور التساؤل الآتى : هل يتوقف تحديد معانى هذه التعبيرات - وبالتالى تحديد النموذج القانونى للجريمة - على فروع القانون الأخرى أم يصح تفسيرها وفقا لعلة التجريم فى القاعدة الجنائية وطبقا للمبادئ التى تحكم قانون العقوبات ؟ ·

والمسألة تحل ببساطة عندما يتولى الشارع الجنائى نفسه تحديد المقصود بالتعبير الوارد فى نص من نصوص قانون العقوبات (والذى ينتمى فى الأصل الى فرع آخر من فروع القانون) · · هنا يجب على المفسر أن ينحنى أمام ارادة الشارع وأن يأخذ بهذا التفسير التشريعى ولو كان مغايرا للتفسير المستقر فى الفرع الذى ينتمى فى الأصل اليه · ونجد مثلا لذلك ، تصدى الشارع الجنائى لتحديد معنى « الموظف العمومى » ومن فى حكمه فى النصوص الخاصة بجريمة الرشوة (راجع المادة ١١١ عقوبات) أو فى النصوص الخاصة بجريمة اختلاس المال العام (راجع المادة ١١٩ مكررا عقوبات) · فى هذه الحالة يجب الأخذ بهذا التفسير ولو كان مغايرا لمعناه المستقر فى فقه القانون الادارى ·

انما تثور الصعوبة ، كلما عرضت فى التطبيق قاعدة جنائية تنطوى على تعبير ينتمى الى الأصل الى قانون آخر غير قانون العقوبات ولا يتصدى الشارع الجنائى لهذا التعبير بتحديد أو تعريف · هنا تختلف الآراء وتلعب فكرة « جزائية القاعدة الجنائية » ، دورا أساسيا ·

١٩ - فانصار هذا التصوير يحسبون - على ما رأينا - أن دور القاعدة الجنائية يقتصر على مجرد وضع « الجزاء » لمخالفة التكليف الذى يتضمنه فرع آخر من فروع القانون ولهذا يجدون واجبا على المفسر أن يلجأ فى تفسير التعبير الذى تتضمنه القاعدة الجنائية الى الفرع الذى ينتمى فى الأصل اليه ، اذ أن القاعدة الجنائية هى بطبيعتها قاعدة « تابعة » ومن ثم فلا معنى لأن تستقل باعطاء تفسير لتعبير لا يخصها أصلا .

وعلى ذلك ، ففى جريمة سحب شيك بدون رصيد لابد - فى تحديد عناصر هذه الجريمة - أن تكون الورقة المسحوبة قد استوفت عناصر « الشيك » بالمعنى الذى يحدده القانون التجارى . فاذا اختل شرط من شروط الشيك بحيث أصبحت الورقة « كمبيالة » لا « شيك » ، أو أصبحت باطلة طبقا للقانون التجارى (لأن الشيك يحمل تاريخين مثلا لا تاريخا واحدا) ، كان من واجب المفسر أن يعتبر الجريمة غير قائمة قانونا .

وكذلك فى صدد جريمة الافلاس بالتدليس أو بالتقصير لابد أن يكون قد صدر حكم قضائى - وفقا لقواعد القانون التجارى - قبل اعمال نص قانون العقوبات الخاص لشهر الافلاس .

وكذلك الشأن فى صدد جرائم السرقة وخيانة الأمانة لابد من الرجوع الى القانون المدنى لتحديد معنى الحيازة وعقود الائتمان واحترام هذه التفسيرات من أجل تطبيق نصوص قانون العقوبات .

٢٠ - أما المنكرون لجزائية قانون العقوبات ، فانهم ينكرون بالتالى « تبعية » القاعدة الجنائية ويؤكدون ذاتيتها واستقلالها فى التطبيق . ولذا ففى الأمثلة السابقة ليس يلزم أن يتقيد المفسر بحرفية التفسير الذى يعطيه القانون المغاير لقانون العقوبات اذا كان هذا التفسير يخرج بالنص عن أهدافه ويناقض « العلة » فى تقرير أحكامه .

وعلى سبيل المثال ففي جريمة اصدار شيك بدون رصيد ، لا يلزم أن يكون الشيك مستوفيا كل مقوماته وكل شرائط صحته كما يحدده القانون التجارى . بل يكفي أن يكون له « مظهر واقعى » يحمل الشخص العادى على الاعتقاد بأنه بصدد شيك لا بصدد غيره من الأوراق التجارية ، فطالما أن الورقة تحمل توقيعا وأمرا بالدفع فلا يهم بعد هذا ان كانت خالية من التاريخ أو تأخر تاريخ اصدارها على غير الحقيقة .

ويستند أنصار هذا الرأى – فى تأكيد ذاتية القانون الجنائى – الى أن المسئولية الجنائية تبنى أساسا على الخطأ . ومتى كشف الشخص عن نواياه فان توقيع الجزاء الجنائى عليه يكون سائغا .

على أننا – وان كنا نؤيد مذهب الذاتية والاستقلال – لا نؤيد هذا الاساس . ذلك أن المسئولية الجنائية لا تبنى فقط على أساس الاعتداد بنية الجانى وانما تبنى أيضا على أساس الاحتفال بالسلوك المادى الذى اتاه . ويكون هذا السلوك مطابقا للنموذج الوارد له فى نص قانون العقوبات . والقول بغير ذلك معناه تجريم أفعال الانسان أخذا بنواياه وهى بعد محض أفكار ، وفى هذا اهدار لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

٢١ – ولدينا أن الخطوة الأولى فى حل مشكلة ذاتية القانون الجنائى هى فى تحديد معنى « الذاتية » نفسه . ذلك ان فريقا من الفقهاء يحمل هذا الاصطلاح على معنى « علو » أو « ترفع » القانون الجنائى على سائر القوانين . وليست المسألة بحال مسألة ترفع أو علو ، لأن « الكرامة » لا دخل لها فى مجالات البحث العلمى أى فى مجالات البحث عن الحقيقة ، واذا كان هناك مكان لقانون أعلى فهذا المكان يجب أن يحفظ للقانون الدستورى لا القانون الجنائى ، لأنه القانون الأساسى بين القوانين . كما أن فريقا آخر يحمل « الذاتية » على معنى الاستقلال العلمى أو « الاستقلال التشريعى » وبالتالى لا يتمتع أيهما – بازاء الآخر – بذاتية واستقلال .

أما الاستقلال العلمى فمعناه قيام عدة دراسات خاصة بفرع من فروع

القانون كالدراسات الخاصة بالقانون المدني او القانون التجاري أو القانون البحري أو القانون الجوي . مع أن كل هذه الفروع تهيمن عليها المبادىء العامة في القانون المدني . ولهذا فلا يتمتع أي منها ـ بازائه ـ بذاتية أو استقلال . وكذلك بالنسبة للقانون الجنائي الموضوعي (قانون العقوبات) والقانون الجنائي الشكلي (قانون الاجراءات الجنائية) فكل منهما يتمتع باستقلال علمي ولكنهما معا يخضعان للمبادىء العامة التي تحكم القانون التشريعي » . وليس أيا منهما هو المقصود بتعبير الذاتية أو الاستقلال .

واما **الاستقلال التشريعي** فمعناه وجود « تقنين » CODE خاص بفرع من فروع القانون . ولكن ليس وجود التقنين دليلا كافيا على الاستقلال القانوني الذي يتمتع به هذا الفرع من فروع القانون . فالقانون الاداري مثلا لا يختص به تقنين معين ومع ذلك لا يستطيع أحد أن ينكر قدر الذاتية والاستقلال الذي يتمتع به ازاء غيره من فروع القانون وفضلا عن ذلك فان التقنين لا يستوعب عادة كل ما يتعلق بفرع القانون . وكثير من القوانين الخاصة لا يضمها تقنين العقوبات ـ ومع ذلك تخضع للمبادىء العامة المقررة بهذا القانون (راجع على سبيل المثال المادة ٨ من قانون العقوبات المصري التي تقضي بأن « تراعى أحكام الكتاب الأول من هذا القانون في الجرائم المنصوص عليها في القوانين واللوائح الخصوصية الا اذا وجد فيها نص يخالف ذلك ») .

أما الذاتية والاستقلال الذي نعنيه ، فهو « **الاستقلال القاعدي أو القانوني** » ومعناه أن القواعد القانونية التي تخص قانونا من القوانين تستند الى مبادىء عامة محددة قادرة على تمييزه عن غيره واعطائه طابعا مميزا وكيانا متناسقا(١) .

---

(١) وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض « القانون الجنائي قانون جزائي له نظام قانوني مستقل عن غيره من النظم القانونية الأخرى وله أهدافه الذاتية اذ يرمي من وراء العقاب الى الدفاع عن أمن الدولة وحماية المصالح الجوهرية فيها . وعلى المحكمة عند تطبيقه على جريمة

فإذا قر هذا في الذهن ، وجب ان نحكم في قضية الذاتية على هذا الأساس :

ولدينا أن الأمر بعد ذلك لا يحتاج لكبير عناء لأن مسألة تمتع القانون الجنائي بمبادىء عامة محددة مستمدة من طبيعة قواعده وخصوصية أهدافه ومثله ، هي مسألة بدهية لا تحتاج الى نقاش(٢) ·

فلأن القاعدة الجنائية تأتلف من جوهر وشكل · جوهر يلتمس مضمون القاعدة في الحقائق الواقعية التى تحكم المجتمع ، وشكل يربط هذه الحقائق بالأهداف المرعية لثبات القانون واستقراره ، فان مسألة ذاتية القانون الجنائي لا يجب أن يغيب تفسيرها عن هذا الأساس ·

وعندما يعترف القضاء بتوافر جريمة اعطاء شيك بدون رصيد بالرغم من أن السند له مظهر الشيك فقط وبالرغم من أن مقوماته التى يتطلبها القانون التجارى لم تكتمل جميعا · عندما يقرر القضاء الجنائي ذلك انما ينزل على حكم الواقع المستمد من جوهر القاعدة الجنائية ذاتها ، وبهذا يظل في نطاق النظام القانوني الجنائي ومثله التى تحكم قواعده وتكفل لها العدالة والاستقرار على حد سواء ·

وكذلك عندما يعترف القضاء بتوافر جناية الاختلاس في حق موظف فعلى (أى في حق شخص لم تكتمل صفته الوظيفية طبقا للقانون الادارى)

منصوص عليها فيه وتوافرت اركانها وشروطها أن تنفذ بارادة الشارع في هذا القانون الداخل ومراعاة أحكامه التى خاطب بها المشرع القاضى الجنائي · بغض النظر عما يفرضه القانون الدولي من قواعد او مبادىء يخاطب بها الدول الأعضاء في الجماعة الدولية » ·

راجع نقض ١٢ مايو ٨ ١٩ مجموعة أحكام النقض س ٩ رقم ١٣٥ ص ٥٠٥ وكذلك نقض ١٩ فبراير ١٩٥٩ س ١٠ رقم ٣٧ ص ١٦٩ و٧ مارس ١٩٧٢ س ٢٣ رقم ٧٠ ص ٣٠١ ·

(٢) من أمثلة تلك المبادىء العامة التى يقوم عليها القانون الجنائي . مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . ومبدأ تطبيق القانون الأصلح للمتهم · ومبدأ لا جريمة بغير فعل أو تعبير حقا ومبدأ شخصية المسئولية وشخصية الجزاء ·

فإنه ينزل بنا على حكم التكوين المزدوج الذى تتسم به القاعدة الجزائية وهى وحده النظام الجنائى كله ·

وليس من السائغ أن يقال بعد هذا أن فى ذلك تجريما بغير نص واهدارا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات · لأننا فى حقيقة الأمر لا ندعو الى الخروج عن نطاق القاعدة المجرمة ، انما نعتبر المشكلة كلها مشكلة « تفسير » لهذه القاعدة · والتفسير السليم للقواعد القانونية يجب أن يعتد بحقيقة تكوينها من جوهر وشكل · ذلك الجوهر الذى يصل بين القاعدة القانونية وبين حقائق الحياة الاجتماعية المتطورة المتحركة أبدا · وبهذا تصبح القاعدة القانونية أدنى الى تحقيق العدل عند التطبيق · والقول بغير هذا يجعل من القاعدة الجنائية مجرد شكل أصم لا يخدم تفسيرها أهداف المجتمع فى العدل وبالتالى لا يحقق أهداف القانون فى الأمن والاستقرار ·

الفصل الثانى

مصدر القانون الجنائى

عموميات :

٢٢ - نقصد بمصدر القانون الجنائى ، الشخص المعنوى الذى تنبثق عنه القاعدة الجنائية . بهذا المعنى يتكلم الفقه عن مصدر « خلق أو تكوين » القاعدة الجنائية . ولا شك أن المصدر الأول فى تكوين القواعد الجنائية - فى العصر الحديث - هو الدولة . ذلك أن القاعدة الجنائية تعبر عن سيادة الدولة حتى ولو أصدرها أشخاص آخرون غير الدولة ، لأن الدولة هى التى تفوض هؤلاء الأشخاص لهذه المهمة وتضفى على القواعد صفتها المميزة ، أى صفتها الآمرة .

على أنه بالرغم من أن القاعدة الجنائية تعد تعبيرا عن سيادة الدولة وارادتها فى املاء سلوك معين الا أن جوهرها الحقيقى (أى مضمونها) يكمن فى ارادة الأفراد مجتمعين وبتعبير أعم يتمثل هذا الجوهر فى « ضمير الجماعة » . فالحق أن القاعدة الجنائية لا تصب فى قالبها القانونى دفعة واحدة . أن هذه مرحلتها الفنية أو « الشكلية » الأخيرة تأخذها القاعدة من أجل احكام الصياغة وانضباط التطبيق . أما حقيقتها الأولية فتعود الى كونها ثمرة الارادة الشعبية وتعبيرا عن روح الجماعة ومثلها السائدة فى ذلك الحين ، مثلها فى ذلك مثل اللغة والتقاليد والعادات والفن . ولهذا نسلم مع الفقيه الألمانى « اهرنج » فى قوله بأنه « اذا أردت أن تعرف شعبا من الشعوب ، فانظر الى قانونه الجنائى » .

٢٣ - من هنا لا نسلم مع الذين يردون جوهر القاعدة الجنائية الى الأخلاق ، فالحق أن القاعدة الجنائية [illegible] وغاية عن القاعدة

الخلقية . واذا حدث أن اتفقت القاعدة الجنائية مع القاعدة الخلقية فان ذلك يكون محض اتفاق مؤقت ، لأن غاية القاعدة الجنائية ليس فقط حماية الأخلاق فى المجتمع وانما حماية مصالح أخرى سياسية واقتصادية واجتماعية ودينية ، وكل هذا لا يرمى الى « الرقى بالانسان من حيث هو انسان » وحسب (وهذه هى غاية القاعدة الخلقية) وانما يهدف أساسا الى الحفاظ على بقاء المجتمع وتطوير حياته الى مستوى أفضل .

على أن « مصدر القاعدة الجنائية » يحمل على معنى أخص ، هو المعنى الذى ينصرف الى « شكل » القاعدة الجنائية دون جوهرها ، أعنى تلك الوسائل الفنية التى تتبعها الدولة لكى تفرض القاعدة بوصفها قاعدة ملزمة صالحة للتطبيق بواسطة أجهزتها المختلفة .

وهذه المصادر اما أن تكون « مباشرة » أو غير مباشرة ، تبعا لما اذا كانت تنبثق مباشرة عن ارادة الدولة أو عن ارادة تنظيمات أخرى تتفرع عنها .

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات :

٢٤ - وثمة مبدأ أساسى فى قانون العقوبات يحكم مصادر القاعدة الجنائية ويبسط سلطانه على نطاق سريانها كله . ذلك هو مبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » .

Principe de la légalité des crimes et des peines.

أو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون

Nullum crimen nulla poena sine lege.

هذا المبدأ الأساسى فى القانون الجنائى نصت عليه - بطريقة غير مباشرة - عدة نصوص فى قانون العقوبات المصرى (راجع المادة الأولى والمادة الثانية والمادة الثالثة والمادة الخامسة والمادة الثامنة من قانون العقوبات) .

بل ان الدستور « الصادر سنة ١٩٧١ قد أورد هذا المبدأ حين نص فى المادة (٦٦) منه على أنه « ... ولا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ...

هذا المبدأ يرتب قيامه فى القانون النتائج الهامة الآتية :

(١) أنه لا عقاب على فعل ما لم يكن معتبرا « جريمة » فى قانون سابق على ارتكابه . (المادة ٥ عقوبات والفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور)

(٢) أن العقوبة (وغيرها من الجزاءات الجنائية كتدابير الاحتراز) لا توقع ما لم تكن محددة النوع والمقدار بواسطة القانون .

(٣) أن القانون الجديد المنشىء لجريمة أو عقوبة لا يسرى على الماضى ، أى على أفعال ارتكبت قبل وجوده . وأن القانون القديم الذى ينطوى على جريمة أو عقوبة لا يسرى بعد الغائه .

(٤) أنه لا يجوز انشاء جريمة او عقوبة بطريق القياس . فالتجريم والعقاب عمل « الشارع » يخرجه بقانون ، لا عمل « القاضى » يستنبطه من العلل المشتركة للأحكام .

٢٥ - وبالرغم من أن مبدأ الشرعية يعبر عنه دائما بحروف لاتينية Nullum crimen etc الا أنه لم يأتنا من القانون الرومانى . فالثابت - فى تاريخ القانون - أن القياس فى المسائل الجنائية كان سائغا فى القانون الرومانى ، اذ كان بوسع القاضى أن يطبق على الحالة المعروضة أمامه حلا مماثلا فى حالة سابقة Exepti m legis ولهذا يتفق الشراح على اعطاء فضل اقرار هذا المبدأ وتوكيده فى قانون العقوبات للفقيه الألمانى الأشهر « انسلموفيرباخ » .

على أن هذا الفقيه لم يكن أول من قال به . فقد سبق التعبير عنه مرارا فى القرون الوسطى حتى أن وثيقة العهد الأعظم Magna charta

(التى اصدرها ملك انجلترا سنة ١٢١٥) قد تضمنته · بيد أنها لم تورده بمفهومه الحالى ، كما أن النتائج التى تنبثق عنه لم تحدد بمثل الوضـــوح والدقة التى تحددت بها الآن · وكل هـــذا يعود فضله الى الفقيه الألمـانى المذكور · ومنذ ذلك الحين (أى منذ القرن الثامن عشر) دخل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات معظم التقنينات الجزائية فى مختلف البلاد ·

ومع هذا ، فلم يسلم هذا المبدأ من الجدل حول حقيقة جدواه ، حتى أن بعض القوانين الجنائية الحديثة قد نبذته فى تشريعاتهـــا المطبقة ، مثل التشريع الروسى الصادر سنة ١٩٢٢ والتشريع الألمـانى الصادر سنة ١٩٣٥ والتشريع الدانمركى الحالى ·

ولعل أهم نقد وجه الى هـــذا المبدأ ، أنه يكفـل الأمن لأولئك الذين يعبثون بالقانون مستغلين النقص الموجود فيه(١) · فهؤلاء الأفراد بالرغم من أنهم يأتون أفعالا ضارة بالمجتمع ، مهددة للأمن والاستقرار فيـــه ، الا أن العقاب لا يطاولهم · من أجل هذا كان فى افساح المجال أمام القاضى — عن طريق القياس — تأكيدا لحماية المجتمع وتوطيدا لدعائم الثبات والأمن فيه ·

على أننا — مع هذا النقد — لا نؤيد نبذ المبدأ واعطاء القـــاضى سلطة التجريم والعقاب عن طريق القياس · فلا زال هـــذا المبدأ سياجا لحريات الأفراد وضمانا لسلوكهم وأمانا لقلوبهم ضد احتمال البطش بهم فى وقت لاحق · ومهما كانت « المصلحة الاجتماعية » عالية وهامة ، الا أنها لا تبرر على الاطلاق اهدار الحرية الانسانية واعدامها · فلا زال الفرد أساس المجتمع، واحترام حريته تعبير عن تمدين الجماعة التى ينتمى اليهـا ، وتوكيد لحقوق الانسان التى كافح طويلا من أجل الحصول عليها ·

وهذا هو السر الذى يجعل معظم التشريعات الحديثة تنص على هـــذا

---

(١) ويمكن ان نتصور [illegible] النقص . الأمتناع عن دفع ثمن الطعام بعد تقديمه وأكله أو سحب شيك [illegible] فى تجريم هذه الأفعال)

المبدأ في دساتيرها وتقرنه بالحرية الشخصية للمواطن فيها ، كما هو الحال في الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية .

المصادر المباشرة للتشريع الجنائي :

٢٦ - قلنا أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يفرض أن يكون ثمة قانون يعين الجريمة والعقوبة المقررة لها وهذا القانون له مصدران ، مصدر مباشر ومصدر غير مباشر . والآن نتصدى لبيان المصادر المباشرة للقانون الذي يجرم فعلا أو يفرض عقوبة ، ثم نتصدى بعد ذلك للمصادر غير المباشرة .

(أ) المصادر المباشرة :

٢٧ - المصادر المباشرة للقانون الجنائي هي النصوص القانونية المتمتعة بقوة الزام والصادرة من جهة تملك اصدارها قانونا وفقا للأوضاع الدستورية المطبقة في البلاد .

بهذا يعد من قبيل المصادر المباشرة للتشريع الجنائي المصرى

(١) الدستور .

(٢) القوانين الصادرة عن السلطة التأسيسية (القوانين الدستورية) .

(٣) القوانين العادية التي يوافق عليها المجلس النيابي .

(٤) المراسيم بقوانين الصادرة عن السلطة التنفيذية في الأحوال التي يجوز فيها صدورها قانونا (المراسيم بقوانين) .

(٥) اللوائح التشريعية الصادرة بناء على تفويض عام او خاص .

٢٨ - على أن كل هذه المصادر تكون قواعد جنائية مدونة أو مكتوبة ولهذا لا يثور بصدد اتفاقها مع مبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » أدنى جدال .

انما يثور الجدل بصدد القواعد الجنائية غير المدونة ، أعنى تلك القواعد الجنائية التي يكونها العرف Jus Non Scriptum . فهل يصح أن يكون

« العرف » مصدرا للقواعد الجنائية في النظم التي تأخذ بمبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » كما هو الشأن في قانون العقوبات المصري ؟

نحن نعلم أن « العرف » يتكون من تلك القواعد وليدة التكرار والتواتر مع الاعتقاد في قوتها الملزمة . وبينما لا يماري أحد في أنه أحد المصادر الرئيسية في فروع أخرى من فروع القانون كالقانون المدني والقانون التجاري ، فإن دوره في إنشاء القواعد الجنائية دور محدود بلا مراء .

فالفقه يسلم بالاجماع بأن العرف لا يمكن أن يكون مصدرا لقواعد جنائية مجرمة ، لأن في ذلك تعارضا صريحا مع مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون » وبهذا لا يمكن أن ينشيء العرف جريمة ولا يمكن أن توقع — اعتمادا عليه — عقوبة جنائية .

واجماع الفقه لا يقتصر على انكار دور العرف في « انشاء » قواعد جنائية جديدة بل يمتد أيضا الى انكار دوره في « الغاء » قواعد جنائية قائمة . وبهذا يظل الفعل معتبرا في القانون « جريمة » ولو كف القضاء عن تطبيق نص التجريم أمدا طويلا . فالطالب في الامتحان الذى ينجح في اختلاس ورقة اجابة لزميل له ويضع عليها اسمه زورا ، يظل فعله معتبرا — من الناحية القانونية — مكونا لجريمة تزوير في قانون العقوبات (راجع المادتين ٢١١ ، ٢١٢ عقوبات) ، حتى ولو جرى العرف على عدم رفع الأمر الى القضاء اكتفاء برسوبه ، وفصله من الجامعة . وكذلك فان اطلاق أعيرة نارية في الأفراح يكون جريمة معاقبا عليها بالمادة ٢/٣٧٩ عقوبات ولو جرى العرف على التسامح في مثل هذه المناسبات .

٢٨ — تابع — على أن الفقه الحديث يسلم بامكان أن يرتب « العرف » أثرا في نطاق الاباحة وموانع العقاب ، اذا كانت القاعدة العرفية قديمة ولم توضع القاعدة الجنائية لتجريم هذا الفعل بالذات .

فالظهور على الشاطىء بملابس الاستحمام لا عقاب عليه بالرغم من ان الفعل يمكن ان يرتب مسئولية جنائية اذا توافرت شروط الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٢٧٨ عقوبات وذلك لأن العرف قد جرى - حتى قبل وضع هذه المادة - على ذلك ولم تأت هذه المادة بتجريم صريح لهذه الواقعة المباحة ٠

كذلك يسلم الفقه للعرف بدوره فى « تكملة » النصوص الجنائية ، طالما أن هذه التكملة لا تتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ٠ فثمة نصوص جنائية تحيل الى فروع أخرى من القانون يعد العرف فيها من مصادرها الرئيسية ، كالمادة (٦٠ عقوبات) التى تتكلم عن استعمال الحق كسبب من أسباب الاباحة ٠ والمعروف أن أحد مصادر « الحقوق » هو العرف بلا جدال ٠

وأخيرا فان الأهمية الملزمة للعرف - فى القانون الجنائى - تظهر فى صدد التفسير ٠ أعنى فى صدد تفسير تلك النصوص التى تنطوى على أفكار مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان ويعتمد فى تحديد معناها على العرف الجارى فى شأنها ٠ ومثل ذلك الجرائم الخاصة بالقذف والسب التى تعتمد على تفسير معنى « الشرف والاعتبار » ٠ والجرائم المخلة بالحياء اذ تعتمد على تفسير معنى « الحياء » وهكذا ٠

(ب) المصادر غير المباشرة :

٢٩ - يمكن حصر المصادر غير المباشرة للقاعدة الجنائية فيما يلى :

(١) القرارات الادارية :

فكثير من هذه القرارات تعتبر مصدرا غير مباشر للقواعد الجنائية ٠ فالمادة (١٢٣ عقوبات) مثلا تقضى بأنه « يعاقب ٠٠٠ كل موظف عمومى استعمل سلطة وظيفته فى وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة ٠٠ » ٠

مثل هذا النص يتطلب تطبيقه أن يكون ثمة « قرار ادارى » صادر

من الحكومة أى صادر من السلطة التنفيذية أو الادارية ، واستعمل الموظف العام لسلطته فى وقف تنفيذه يكون الجريمة المنصوص عليها بالمادة المذكورة . فيكون القرار الادارى قد أسهم فى تكوين القاعدة الجنائية ، فهو مصدر غير مباشر لنص من نصوص العقوبات .

ويمكن أن نجد تطبيقات مماثلة فى نفس المادة التى تعاقب الموظف العمومى اذا استعمل وظيفته فى وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو أية جهة مختصة ، كوقف تنفيذ حكم صادر بتعيين شخص حارسا قضائيا أو اخلاء عقار أو باتخاذ تدابير لصيانة الملكية أو وضع اليد على عقار أو الامتناع عن تنفيذ القرارات الصادرة من الحكومة أو السلطات الادارية أو المحلية .

(٢) الاتفاقات والعادات الدولية :

لا يعتبر القانون الدولى مصدرا مباشرا لقواعد القانون الجنائى وانما يصبح كذلك اذا تبنى تشريع جزائى داخلى صادر عن السلطات التشريعية المختصة فى الدولة قواعد القانون الدولى . ولا يصدق ذلك بالنسبة للمبادئ العامة فى القانون الدولى فحسب وانما يصدق كذلك بالنسبة لتلك الجرائم الدولية التى اصطلح على تسميتها « بجرائم الانسانية » أو جرائم الجنس البشرى Dfi Taluris Gfntium (كجرائم تجارة الرقيق – اساءة معاملة جرحى الحرب – مصادرة أملاك الأجانب دون تعويض – جرائم الابادة) .

ومع هذا فمن الممكن اعتبار مثل هذه القواعد الدولية « مصدرا غير مباشر » للقانون الجنائى الداخلى فى الأحوال التى يوجد فيها نص جنائى داخله يحيل اليها . ونستطيع أن نعطى مثلا لذلك من قانون العقوبات اللبنانى فالمادة ١٩ منه تقضى بعدم تطبيقه على الأجنبى الذى لا يكون عمله مخالفا « لقواعد القانون الدولى العام » فى مثل هذه الصورة يلزم معرفة

قواعد القانون الدولي العــام من أجل الحكم على عمل الأجنبي بأنه مخالف أو مطابق ومن ثم توقيع العقوبة عليه أو عدم توقيعها ·

هذا الحكم يمكن تطبيقه في القــانون المصري دون حاجة الى الاستناد الى نص صريح فالأجنبي الذي يتمتع بالحصانة الدبلوماسية لا يجوز عقـابه جنائيا عن الجرائم التي يرتكبها داخل الاقليم طالما تمتع بالحصانة · وأساس اعفائه من المسئولية الجنائية هو قواعد القانون الدولي العام ، وهو مصــدر غير مباشر – في هذه الحالة – لقانون العقوبات ·

(٣) القــانون الأجنبي :

من البديهي أن القانون الأجنبي لا يعتبر مصدرا مباشرا لقواعد القانون الجنائي لأن ثمة مبدأ أساسيا يحكم سريان القــانون الجنائي هو « مبــدأ الاقليمية » ومعناه – على ما سنعرض له فيما بعد – سريان القانون الجنائي على ما يحدث من جرائم داخل الاقليم (هذا هو الشق الايجابي من المبدأ) وكذلك عدم مجاوزة القانون لما يحدث خارج الاقليم (هذا هو الشق السلبي فيه) · والقانون الأجنبي ليس قانونا خارج نطاق الاقليم فلا يطبق اعمالا لهذا الشق من مبدأ الاقليمية ·

ومع هــذا فمن الممكن اعتبار القانون الأجنبي مصــدرا غير مبـاشر للقواعد الجنائية وذلك كلما أحال اليه نص من نصوص القــانون الجنائي ، صراحة (كمــا في المادة الثالثة من قانون العقــوبات) أو ضمنا (كما في المادة ٦٣ عقوبات التي تقرر سببا من أسباب الاباحة وذلــك اذا كان الشخص يستعمل بحسن نية حقا من الحقوق المقررة بمقتضى القانون) · فاذا فرضنا أن شخصا تزوج طبقا للشريعة اليونانية مثلا فانه يرجع لهذه الشريعة لمعرفة حقوق الزوج في تأديب زوجه مثــلا · فاذا كانت تقر مثل هذا الحق عد ممارسا « حقه » طبقا للمادة (٦٣ عقوبات) · أما اذا كانت لا تقره فان الزوج يعتبر مرتكبا جريمة من جرائم الايذاء ·

وفي رأينا أن « الشريعة الاسلامية » لا زالت مصدرا غير مباشر لقواعد

قانون العقوبات المصرى وبهذا فهى تؤدى نفس الدور الذى يؤديه القانون الأجنبى فى تطبيق قواعده · وهذا هو الشأن فى تحديد مصدر « الحق » فى المادة ٦٣ عقوبات · فطبقا لهذه المادة يرجع الى الشريعة الاسلامية لمعرفة حقوق الزوج المسلم قبل زوجه وأولاده فى التأديب ·

ولهذا لا يعتبر الزوج أو الأب الذى يؤدب زوجه أو ابنته أو ابنه القاصرين ، مرتكبا لجريمة فى قانون العقوبات طالما أنه يلتزم حدود الحق كما سنته الشريعة الغراء ·

سلطة القاضى فى تقدير شرعية القواعد الجنائية :

٣٠ – عرفنا اذن أن مصادر القاعدة الجنائية الرسمية تبدأ بالدستور وتنتهى باللائحة · ومعنى ذلك أن اللائحة أيضا تعتبر « نصا تشريعيا » يمكن أن تتقرر بها جريمة أو عقوبة ، مصداقا للمبدأ « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » ·

ويثور التساؤل حول ما اذا كان يجوز للقاضى الجنائى أن يراقب صحة تكوين القاعدة الجنائية شكلا وموضوعا ، أيا كان مصدرها ، قانونا أو لائحة ؟

(أ) **اما من حيث الشكل** : فالفقه يجمع على أنه لا جدال فى أن للقضاء أن يراقب صحة تكوين القاعدة الجنائية أيا كان مصدرها ، قانونا أو لائحة · فله أن يراقب ما اذا كان « القانون » قد مر بالمراحل التى يتطلبها الدستور لكى يصبح نافذا · وله أن يتثبت من أن القرار بقانون قد صدر فى احدى الحالات التى يجوز فيها صدوره · وكذلك الشأن بالنسبة للائحة ، فاذا لم تكن صادرة عن سلطة مختصة أو لم تحظ بموافقة هيئة معينة عليها ، فالقضاء ملزم بعدم الاعتداد بها ·

وهكذا فاذا ثبت أن القاعدة الجنائية لم تستوف اجراءات اصدارها

من حيث الشكل فان على القضاء أن يمتنع عن تطبيقها ولكن فى صدد الحالة المعروضة عليه فقط •

(ب) واما من حيث الموضوع : فلا جدال أيضا فى أن للقضاء أن يراقب اللائحة من حيث الموضوع ، فيتحقق من دستوريتها وقانونيتها لا من حيث السلطة التى أصدرتها ولكن من حيث تطابقها مع القانون الذى صدرت تنفيذا أو تفسيرا له • ونحسب ان الأمر لا يثير جدالا أيضا بصدد القرارات بقوانين ، فللقضاء أن يراقب - فضلا عن صدورها من جهة مختصة باصدارها - صدورها فى حدود التفويض المعطى من البرلمان للسلطة التنفيذية فى خصوص الموضوع المفوضة فيه •

ولكن الأمر أثار جدلا بصدد مراقبة القضاء لصحة القانون من حيث الموضوع أعنى من حيث تطابقه مع الدستور ، وهذه هى مشكلة « دستورية القوانين » •

والفقه التقليدى يذهب الى انكار هذا الحق على القضاء لأن الخوض فى دستورية القانون معناه التعرض لعمل السلطة التشريعية وتنصيب القضاء نفسه رقيبا عليها ، وفى هذا اهدار لمبدأ « الفصل بين السلطات »•

بيد أن الفقه الحديث لا يسلم بهذا النظر • بل يذهب الى اعطاء القضاء هذه السلطة • ذلك أن القضاء اذ يفعل ذلك ، لا يفعله بوصفه رقيبا على السلطة التشريعية بل بوصفه مختصا بتطبيق القانون بل ومسئولا عن صحة هذا التطبيق فهو اذا انما يباشر « عملا قضائيا » لا « عملا تشريعيا » اذ لا يستطيع الفصل فى النزاع المطروح امامه ما لم يحدد القاعدة القانونية واجبة التطبيق • فاذا وجد نفسه ازاء تعارض بين القواعد القانونية فمن واجبه أن يحسم الأمر وذلك بترجيح أعلى القواعد مرتبة • أى بترجيح نص الدستور وحينئذ لا مناص من الامتناع عن تطبيق القانون.

في الحالة المطروحة بالذات(٢) .

---

(٢) وفي فرنسا ، لا زال القضاء يتمسك بالرأى التقليدى ، فلا يسمح لنفسه بالخوض في بحث دستورية القوانين

أما في مصر ، فقد اقر القضاء الادارى لنفسه هذا الحق بحكم شهير صدر في ١٠ فبراير ١٩٤٨ ، وبعده تتابعت أحكام القضاء الادارى والمحكمة العليا في نفس المعنى .

أما القضاء العادى ، فبعد شيء من التردد ، اتجه في نفس الاتجاه وسمح لنفسه بالخوض في بحث دستورية القانون المطلوب تطبيقه وان انتهى دائما الى الحكم بدستورية هذه القوانين .

راجع نقض ١٦ ابريل ١٩٥١ مجموعة احكام النقض س ٢ (رقم ٢٥٧) ونقض ١٧ ابريل ١٩٥١ (رقم ٣٦٧ ص ١٠٠٦) ونقض ١٧ ديسمبر س ٣ (رقم ١١٣ ص ٢٩٢) ونقض ٣ مارس ١٩٥٢ (رقم ١٩٨ ص ٥٢٤) ونقض ١١ - ١٩٥٢ س ٤ (رقم ٤٦ ص ١١١) .

وقد تدخل الشارع المصرى فاقر حق القضاء في مراقبة دستورية القوانين وذلك باصداره القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بانشاء المحكمة العليا ، وجعلها وحدها المختصة بالفصل في دستورية القوانين . ومعنى ذلك أنه اذا دفع صاحب المصلحة أمام احدى المحاكم بعدم دستورية القانون كان على المحكمة أن توقف الفصل في الدعوى وأن تحدد ميعادا للخصم يرفع خلاله دعواه بعدم دستورية القانون أمام المحكمة العليا . فاذا لم يرفعها اعتبر دفعه كأن لم يكن . (المادة الرابعة من القانون) . وتتقيد محكمة الموضوع بما قضت به المحكمة العليا .

هذا وقد نص الدستور في المادة ١٧٥ منه على انشاء المحكمة الدستورية العليا لتتولى « دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح » . كما تتولى تفسير النصوص التشريعية . وهذا معناه أن المشرع المصرى قد نقل الاختصاص بالفصل في دستورية القوانين واللوائح من محكمة الموضوع الى المحكمة الدستورية العليا . وقد ظل هذا الاختصاص ثابتا - بمقتضى المادة ١٩٢ من الدستور - للمحكمة العليا حتى صدر القانون الخاص بانشاء المحكمة الدستورية العليا ، فاصبحت هي المختصة بتفسير النصوص التشريعية (راجع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩) وقد نصت المادة ٢٥ من القانون المذكور على انه « تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى :

(أ) اذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع ، اوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية .

(ب) اذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة اشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية ، فاذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن » . (المادة ٢٩ من القانون) .

هذا وقد نصت المادة (٤٩) من القانون المذكور على انه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ، فاذا كان متعلقا بنص جنائى تعتبر الأحكام التى صدرت بالادانة استنادا اليه كأن لم تكن .

الفصل الثالث

تفسير القاعدة الجنائية

تمهيـــد :

٣١ - المقصود « بتفسير القانون الجنائى » خضوع القـانون لتلك العملية الذهنية التى يمكن بواسطتها فهم مضمون النص الجنـائى وتحديد معناه من أجل رسم حدود تطبيقه .

ويتضح مما تقدم أن التفسير عمل لا يقتصر على قانون دون قانون ، لأن القواعد القانونية جميعا لابد من فهم محتواها من أجـل تطبيقها تطبيقا سليما . وربما كان الخلاف الوحيد بين تفسير قانون وقانون ، هو فى قبول « القياس » أو رفضه . واذا كان القانون الجنائى لا يسلم بالقياس . لأنه محكوم بمبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » ، فأن هـذا لا يعنى أنه لا يسلم بالتفسير أصلا ، لأن هذا يعنى أنه يستغنى عن عملية ذهنية لازمة لتطبيقه ، لا غنى عنها .

من أجل هذا هجرت الفكرة القديمة التى من مقتضاها أن القـانون الجنائى لا يتلاءم مع عملية التفسير ، أو على الأقل ، لا يحتاج الى تفسير كلما كان النص واضحا ،Tnclarisnonfitinierp retatio فهـذا الرأى فى الحقيقة سطحى لنظرة لأن ، « وضوح النص » مســألة نسبية تختلف من شخص لآخر فضلا عن أن تفسير النصوص لا يجب أن يتلبث عند هذا المعنى الظاهر لأول وهلة لأن هذا يحيل العملية الذهنية لتفسير القانون الى مجرد محاولات « لغوية » هى أبعد ما تكون عن الفن القانونى .

أنواع التفسير :

٣٢ - والتفسير أنواع : هناك مثلا التفسير الرسمى أو التشريعى ، وهناك التفسير القضائى ، وهناك أخيرا التفسير الفقهى · وهذا التقسيم أساسه « المصدر الذى يأتى منه تفسير القاعدة الجنائية » تبعا لما اذا كان مصدره الشارع أو القاضى أو الفقيه ·

أما **التفسير التشريعى** ، فله قوة ملزمة ، لا من وقت صدور التفسير ولكن من وقت صدور القاعدة التى يعنيها التفسير · ومثاله فى القانون المصرى : المواد (١٠ ، ١١ ، ١٢) التى تعرف الجنايات والجنح والمخالفات والمادة (٤٥) التى تعرف معنى « الشروع » والمادة (٤٨/١) التى تعرف معنى « الاتفاق الجنائى » والمادة (١١٩) التى تعرف معنى « الأموال العامة » والمادة (١١٩ - مكرر) التى تعرف معنى « الموظف العام » والمادة (٢٣١) التى تعرف معنى « سبق الاصرار » والمادة (٢٣٢) التى تعرف معنى « الترصد » وغير ذلك من التعريفات التى أوردها نص من نصوص قانون العقوبات ·

وأما **التفسير القضائى** ، فله قوة ملزمة فقط ، فى صدد الحالة التى صدر بشأنها التفسير · ومثاله فى القضاء المصرى ، تفسير محكمة النقض المصرية ، لفكرة « القصد الاحتمالى » وتفسيرها « للقانون الأصلح للمتهم » ·

وأما **التفسير الفقهى** ، فهو أوسع أنواع التفسير ، وليس له بداهة قوة ملزمة فى التطبيق وانما هدفه معاونة القضاء عند تطبيق القانون ولفت نظر الشارع الى النقص القائم فى التشريع أو التعارض القائم بين النصوص حتى يمكن تلافى النقص أو التعارض عند تعديل التشريع ·

وثمة تقسيم آخر للتفسير القانونى :

٣٣ - على أن هناك تقسيما آخر للتفسير وذلك بحسب النتيجة التى ينتهى اليها المفسر · من هذه الوجهة ينقسم الى تفسير « مقرر » وتفسير

مقيد أو مضيق وتفسير موسع أو مفسح ·

والتفسير المقرر هو التفسير المألوف للنصوص القانونية عادة ومنها النصوص الجنائية ، ولهذا فلا يعد فى حقيقة الأمر نوعا مستقلا بذاته لأن التفسير يجب ، بحسب الأصل أن يكون مقررا · أى كاشفا عن قصد الشارع ومقررا حقيقة أهدافه ·

أما التفسير المقيد ، وكذلك الموسع ، فلا يقصد بهما (كما يقال عادة فى الفقه) التفسير الذى يتحدد وفقا لما اذا كان الشارع قد قال فى النص أقل أو أكثر مما أراد · وانما يقصد بهما اعطاء القاعدة الجنائية معنى غير المعنى الظاهر لأول وهلة من لفظ القانون ، بحيث يصبح بين « المعنى الظاهر » و « المعنى الحقيقى » فارق مرجعه العزوف عن ظاهر اللفظ الى فحوى النصوص · فاذا كان المعنى الظاهر قد تقلص ، بعد عملية التفسير ، فان التفسير يكون « مقيدا » · أما اذا كان قد اتسع وانبسط نطاقه فان التفكير يكون « مفسحا » أى « موسعا » ·

نظريتا التفسير :

٣٤ - والحق ان التفسير يتنازعه مذهبان ، مذهب شخصى ومذهب موضوعى ·

أما المذهب الشخصى : فمن مقتضاه أن يبحث المفسر عن ارادة الشارع شخصيا ، أى يحاول أن يستكشف ما كان يقصده واضع التشريع نفسه ، فيبحث عن الحكمة التى كان يرمى اليها واضع التشريع من النص القانونى ·

واما المذهب الموضوعى : فيتجاوز تماما عن قصد واضع التشريع شخصيا ، ويوجه عملية التفسير وجهة البحث عن علة التشريع ذاته منفكا عن شخص واضعه ومنظورا اليه نظرة موضوعية بحتة · بعبارة أخرى ·

ان أنصار المذهب الموضوعى فى التفسير يعتبرون القانون ـ بمجرد اصدار واكتسابه قـــوة ملزمة فى التطبيق ـ أنه قد انفصـــل عن شخص واضعه واكتسب حياة جديدة كفيلة باعطـائه تفسيرا مستقلا (مغايرا أحيـــانا) لآراء من وضعه ٠٠

وفى صدد الترجيح بين هذين المذهبين : نلاحظ بادىء ذى بدء أنه من الناحية الواقعية ، لا وجود لمثل ذلك الانسان ، من لحم ودم ، الذى يطلق عليه « الشارع » أحيانا و « المشرع » أحيـــانا أخرى ٠ وبنـــاء على ذلك فلا معنى للبحث عن ارادة مثل ذلك الشخص وقصده من وضع التشريع ٠ ذلك أنه ـ فى الدول الحديثة ـ أصبحت عملية اصدار القوانين عملية معقدة لا يمكن نسبتها الى شخص بعينه لأنها ثمرة جهود مشتركة لأشخاص عدة تنظمهم هيئات ولجان شتى وكل فرد منهم له وجهة نظـره الخاصة وأهدافه الخاصة ، وهذه الأفكار المتباينة قلما يمكن جمعها فى اطار واحد ٠

فاذا كان الأمر كذلك فأين هو الشارع « بين هؤلاء جميعا » ؟ وأين هو القصد الذى يمكن التعويل عليه فى تفسير القانون ؟ ٠

ومن ناحية ثانية ، فانه كثيرا ما تعرض فى العمل حالات لم تدر بخلد أحد من واضعى التشريع ، لسبب بسيط هو أنهـا حالات مستحدثة نشأت مع ظروف اجتمـاعية أو اقتصـادية أو عمـلية لم تكن قائمة عنـــد وضع التشريع ، فاذا قلنا بأن التفسير يتبع قصـــد واضع التشريع ، لوجب أن ننتهى الى رفض العقاب فى مثل هذه الحالات ، أو ـ فى الـكثير ـ لوجب لالتجاء الى الحيل والفروض من أجل ابتداع « قصد » لم يدر فى خلد واحد من واضعى التشريع ٠

واخيرا ، فان الأخـــذ بالمذهب الشخصى فى التفسـير يفضى حتما الى جمود القانون ، لأنه يربط تفسير القواعد القانونية بقصد انسان واحد ٠ ومعنى هذا أنه لابد من احترام هذه الارادة المنفردة وبالتالى وقوف التفسير

عند حدودها . وبالرغم من أن هذه الفكرة هي - من الناحية النظرية - مخالفة للقواعد الدستورية لأن لتشريع بمجرد صدوره يعد تعبيرا عن الارادة الجماعية للأمة لا تعبيرا عن قصد فرد واحد فيها ، فانها ، من الناحية العملية ، تؤدى الى الوقوف بالتشريع عن ملاحقة التطور السريع داخل المجتمع . فاذا علمنا أن المجتمع الحديث يلهث وراء الأحداث المتتابعة كل يوم في شتى المجالات الاجتماعية والاقتصادية والعلمية ، لأدركنا أنه من الواجب أن يكون على درجة عظيمة من المرونة والحركة ، ولن يتحقق ذلك - في نطاق التشريع - لا عن طريق التفسير .

ومن أجل هذا لا نتردد في نبذ المذهب الشخصي في التفسير وفي الأخذ بالمذهب الموضوعي لأنه فضلا عن قيامه على أسس دستورية سليمة ، يجعل القانون في خدمة المجتمع ولا يقف به موقف الجمود ازاء التطورات السريعة التي يخلقها العلم في العصر الحديث .

على هذا الأساس يمكن أن نصل - عن طريق التفسير الموضوعي لنصوص القانون الجنائي - الى التسليم بسرقة التيار الكهربائي والى قبول فكرة « القتل بالامتناع والايذاء » والقتل أيضا « بوسائل غير مادية » أى بالوسائل لنفسية والمعنوية والاعتداء على سلامة الجسم بغير الضرب أو الجرح أو اعطاء المواد الضارة حتى ولو كانت ارادة واضع النصوص الخاصة بهذه الجرائم لم تنصرف الى هذه المعاني ولم تدر في خلده بتاتا .

وسائل التفسير :

٣٥ - وسائل التفسير اما وسائل لفظية أو وسائل منطقية :

فبواسطة التفسير بالوسائل اللفظية يأخذ النص دلالة تفيدها ألفاظه . أما التفسير بالوسائل المنطقية فيقصد به اعطاء النص دلالة تقيدها روح التشريع وتتطابق مع العلة في تقريره .

والحق أن هذا التقسيم مبالغ فيه . فليس هناك تفسير يعتد بالفاظ

النص دون معناه ، كما أنه – من ناحية مقابلة – ليس هناك مفسر آخر يعتد بالمعنى دون الالفاظ . فالواقع أن التفسير لا يمكن أن نبحث فيه عن دلالة معناه الا من خلال ألفاظ ، ولكن دون أن يصل الى حد أن يصبح التفسير لغويا ، أو – من ناحية أخرى – دون أن يصبح تفسيرا منطقيا يتجاوز عن ألفاظ النصوص . فالتفسير الصحيح هو الذى يجعل من التفسير اللغوى نقطة البداية والتفسير المنطقى نقطة الوصول .

ولكى نوضح هذه الفكرة نعطى المثل الآتى : فى جريمة القتل مع توافر عذر التلبس بالزنا تنص المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات المصرى على أن « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة فى المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ » .

لو أننا فسرنا هذا النص من خلال ألفاظه تفسيرا لغويا لوجب القول بأنه لكى يعذر الزوج القاتل فيجب أن يفاجىء زوجه وقت الزنا ، أى أن المفاجأة تنصب على الزوجة لا على الزوج . بيد ان الوقوف بالنص عند هذا المعنى معناه اضفاء تفسير لفظى أو لغوى لنص القانون . والحقيقة أنه يجب أن يكمل هذا التفسير تفسير منطقى يعتد بالعلة فى تقرير العذر وتخفيف العقاب . ولو فعلنا ذلك لعرفنا أن العلة فى خفض العقوبة وابدالها من عقوبة جناية الى عقوبة جنحة تتمثل فى المفاجأة التى شملت الزوج وعطلت لديه ملكات التفكير والتروى لأنه طعن فى شرفه وثلم فى عرضه فاذا أقدم على القتل وهو فى هذه الحالة ولهذا السبب فان المشرع يلتمس له العذر ويلزم القاضى بابدال عقوبة الحبس بعقوبة الجناية . وبهذا يتضح أن المفاجأة يجب أن تنصب على الزوج دون الزوجة لأنه بغير هذا تنعدم العلة فى تقرير العذر ويصبح تطبيق النص حكما مجردا من علته .

بهذا ننتهى الى أن التفسير يجب أن نتوسل اليه بالأسلوب اللغوى والمنطقى معا ، من أجل البحث عن « قصد الشارع » أى البحث عن « العلة فى تقرير القاعدة القانونية » . وبهذا أيضا يصبح من الواجب البحث عن

الوسائل التي يمكن الاستعانة بها في تحقيق هذا الهدف ٠

٣٦ - وأولى هـــذه الوسائل ، هي الرجوع الى **الأعمال التحضيرية** للقانون ، أي الرجوع الى المشروع التمهيدي ومتابعته في كل مراحل تطوره حتى أصبح تشريعا نافذا ٠ وهذا يقتضي مراجعة المناقشات التي دارت حوله في اللجان المختلفة وفي البرلمان ، والتقرير الوزاري الـــذى رافق المشروع النهائي والمذكرة التفسيرية التي صاحبت القـــانون ٠ وغني عن البيان أن الأعمال التحضيرية ليست لها صفة رسمية أي ليست لها قـــوة ملزمة في تفسير القانون ، والغالب أن نجد فيهـــا سندا لكل وجهة نظر ٠ بيد أن مراجعتها لا تخلو من فائدة في كثير من الأحيان لالقـــاء الضوء على كثير من المعاني الغامضة أو الأفكار المستحدثة في القانون(١) ٠

وثاني هـــذه الوســائل ، الرجوع الى **المصدر التاريخي** للنص ، أي الرجوع الى المصـــدر الذي استمد منه سواء أكان تشريعا وطنيـــا ســابقا أو تشريعا أجنبيا ٠ ودراسة الطريقة التي كان يطبق بها فقهاء وقضـــاء ٠ ولا بأس في هذا الصدد من الرجوع الى القانون المقارن لمعـــرفة الاتجاهات والمبادىء التي تحكم تفسير نصوص مشابهة ٠

على أن أهم هذه الوسائل ، لأنها تتطابق تماما مع المذهب الموضوعي في التفسير ، هي **الوسيلة النظامية في التفسير** ، ونقصد بها معرفة موضع « **القاعدة القانونية** من مجموعة القـــواعد التي تنتمي اليهـــا أي موضعها من « النظام القانوني » ، التي تؤلف عنصرا من عنـــاصره ، ذلك أن القـــانون لا يتكون من مجموعة قواعد قد وضعت على أي نحو من الأنحاء ٠ انمـــا هي موضوعة بترتيب ونظام وطبقا لفلسفة وعلى أساس مبدأ فنصوص القتـــل

---

(١) في هذا المعنى تقرر محكمة النقض ، « ان خطر القياس (في المسائل الجنائية) ليس معناه ان القاضي ممنوع من الرجوع الى الوثائق التشريعية والأعمال التحضيرية لتحديد المعنى الصحيح للالفاظ التي ورد بها النص حسبما قصده واضع القانون » ٠
نقض ١٩ مايو ١٩٤١ مجموعة القواعد حـ ٥ رقم ٢٥٩ ص ٤٧١ ٠

تكون « نظاما قانونيـــا » ونصـــوص « الاشتراك » تكون نظاما قانونيـــا . ونصوص « الشروع » تكون نظاما قانونيا ، وهكذا · والبصر بهذه الحقيقة لا يضل بالمفسر السبيل بل يهديه الى « القاعدة » و « الاستثناء » ، والنص العام والنص الخاص ، ومحل الجريمة وظروفها العرضية ، (وذلك بصـــدد تحديد أركان الجريمة والظروف المؤثرة على العقوبة فيها) · ومن أجل هـــذا كله كان من الواجب عدم فصل القاعدة عن النظام القانونى الذى تمت اليه لأنه بفضل هذا الأسلوب لا يصل المفسر الى نتـــائج متعارضة مع أهـــداف القانون أو مخالفة للعلة فى تقرير نص من نصوصه ·

القياس بوجه العموم :

٣٧ – تعن الحاجة الى التفسير بواسطة القياس عندما تعرض مسألة لم ينص عليها القانون ولا يمكن ادراجها تحت نص من النصوص فيه · فاذا وجدت حالة مشابهة تنص عليها احدى القواعد القانونية صراحـــة ، أمكن اعمال النص عليها بطريق القياس · بيد أنه لكى يكون القياس سليما فلابد أن يكون ثمة اتحاد فى « العلة التشريعية » بين الحالة المنصـــوص عليهـــا والحالة غير المنصوص عليها ·

ويرى البعض – أخذا بنظرية قديمة فى كمال القانون وتمـــامه – ان القواعد التى تنشىء بطريق القياس ليست الا امتدادا طبيعيا للنظام القانونى قائمة وموجودة فيه قبل اعمـــال القياس ، كل ما هنالك أن قيامهـــا كان مستورا قبل اعمال القياس ·

بيد أن هذا الرأى مؤسس عـــلى مقدمات خاطئة ، اذ تفترض تـــمام القانون وكماله كما تفترض أن الشارع قد أفرغ فى نصوص القـــانون كل مراده وبهذا لا يوجد فى التشريع أى نقص أو فراغ · على أن هـــذا الرأى يقدس ألفاظ القانون ويجعل التفســـير منفكا فى الحقيقة من علة التشريع ومضمون القاعدة.والحق أن التفسير – فى الفقه الحديث – يعى قصد الشارع

ويمتد بالعلة التى تحرك القاعدة القانونية ويعطيهـا مضمونا حيا متصـلا بضمير الجماعة وحقائقها الواقعية السائدة يوما بعد يوم ٠

فالتفسير لم يعد شكليا وانما أصبح « غائيا » أى يدخل فى الاعتبار غاية التشريع وعلة القاعدة ٠ وبهذه الغاية يهتدى المفسر فى تفسيره للقانون وينتهى الى نتائج لا تتعارض مع الغاية من تقرير القواعد التشريعية ٠

من أجل هذا فلابد من التسليم بأن التشريع ليس كاملا ولا تاما وانما يحوى كثيرا من النقص والفراغ وان عملية التفسير هى محاولة مستمرة لملء هذا الفراغ ، يعتبر القياس اهم أسبابها ٠

القياس فى المسائل الجنائية :

٣٨ – نعرف أن ثمة مبدأ اساسيا يحكم قانون العقوبات كله ، هو مبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » ، كما نعرف أن من أهم الآثار التى يرتبها هذا المبدأ ، رفضه القياس فى تفسير القواعد الجنائية وتطبيقها ٠ على أن الأمر يحتاج الى شىء من التحديد فالقياس لا يجوز فى المسائل الجنائية اذا كان ينشىء جريمة أو عقوبة ، اعنى اذا كان يؤدى بتفسير القاعدة الجنائية الى تسوىء مركز المتهم فيوقع عقوبة عن جريمة غير موجودة صراحة أو يرفع عقوبة جريمة قائمة فعلا(٢) ٠

هذه النتيجة لا خلاف عليها وهى تطبيق مباشر لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ٠ وانما الخلاف يثور بصدد تفسير القواعد الجنائية التى لا تقرر جريمة أو عقوبة وانما تضع سببا من أسباب الاباحة او مانعا من موانع

---

(٢) قالت محكمة النقض « من المقرر انه لا عقوبة الا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ، ويبين العقوبة الموضوعة له ، مما مقتضاه عدم التوسع فى تفسير النصوص الجنائية وعدم الأخذ فيها بطريق القياس » ٠

نقض ١٩ مايو ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ ص ٤٧١ ، ونقض ٤ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض س ١٨ رقم ص ١٢٠٨ ٠

بالمسئولية أو العقاب . فى مثل هذه القواعد هل يجوز التفسير بطريق القياس ؟ .

الحق أن هذه القواعد الجنائية لا تعتبر قواعد جنائية مجرمة . اذ هى لا تقرر جريمة ولا عقوبة وانما هى من قبيل القواعد المبيحة . وبهذا تتلاءم مع ذلك المبدأ - القائم فى قانون العقوبات ضمنا - من أن القوانين الأصلح للمتهم تخرج على قاعدة الشرعية فتنسحب بأثر رجعى على وقائع سابقة . وكذلك تقبل التفسير بطريق القياس .

فالحق أن مثل هذه القوانين تعود بنا الى القاعدة العامة من أن « الأصل فى الأفعال الاباحة » فما لم تكن ثمة قاعدة جنائية مجرمة . فان الاباحة تقبل التفسير بكل وسائله وأسبابه ومنها التفسير بطريق القياس(٣) .

على أنه من الواجب أن ننبه الى أن التفسير بطريق القياس يختلف عن التفسير المفسح أو الموسع للنصوص . فبينما يقتصر الأسلوب الأول على « القواعد الجنائية المبيحة » Normespermessives يشمل الأسلوب الثانى كل أنواع القواعد الجنائية، مبيحة كانت او مجرمة Normes incrimatrices . وبينما نظل - فى التفسير الموسع - فى نطاق القاعدة الجنائية المطبقة ذاتها ، تخرج - فى التفسير بطريق القياس - عن نطاق القاعدة الجنائية ذاتها وان ظللنا مرتبطين بالعلة فيها(٤) .

---

(٣) تقرر محكمة « النقض أنه « لا يجوز ان يؤخذ فى تفسير قانون العقوبات بطريق القياس ضد مصلحة المتهم لانه من المقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص » . ومؤدى ذلك جواز ان يؤخذ فى تفسير قانون العقوبات بطريق القياس اذا كان ذلك فى مصلحة المتهم . راجع نقض ٤ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٨ رقم ٢٥٤ ص ١٢٠٨ . وتطبيقا لذلك قاست المحكمة فعل قتل الحيوان على افعال القتل والجرح والضرب التى يقوم بها الدفاع الشرعى طبقا للمادة ٢٤٥ عقوبات (نقض ١٩٣٧/٢/١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ رقم ٤٠ ص ٣٣٦) .

(٤) ولكى نوضح الفارق بين التفسير الموسع والتفسير بطريق القياس . نعطى المثل الآتى . فى جريمة السرقة (المنصوص عليها بالمادة ٣١١ عقوبات مصرى) فى هذه الجريمة نستطيع

تفسير الشك لصالح المتهم :

٣٩ - كثيرا ما يلابس النص الجنائي غموض شديد بحيث يحتمل تفسيره تأويلات شتى . في هذه الحالة يحمل كل تأويل « شكا » في أنه المقصود المعنى من الشارع . ولهذا جرى العرف على القول بأنه عند الشك يفسر النص لصالح المتهم . على أنه من الواجب ملاحظة أن هذه القاعدة تعني أن الكشف عن قصد الشارع مستحيل ، أما اذا كان « صعبا » فان هـذا لا يعني أن نقطع سبيل البحث ونطبق النص ونحن لا زلنا في مرحلة الشك. ان الشك الذي يفسر لصالح المتهم ليس هو الشك لدى المفسر (قاضيا كان أو فقيها) في حقيقة المقصود بنص القانون لأن استنباط قصد الشارع من النص القانوني أمر لازم لامكان تطبيق القانون ، وانما الشك الذي يفسر لصالح المتهم هو الشك في نسبة الجريمة الى المتهم أو نسبة ظرف من ظروفها المشددة اليه . أي يتعلق « بالوقائع » ومدى نسبتها الى المتهم فهذه الوقائع لكي يسأل المتهم عنها ، ويصدر الحكم بالادانة فيها ، فان على القاضي أن يبني حكمه على اليقين لا الشك . وبذا يتقلص هـذا المبدأ الى مبدأ من مبادىء الاثبات لا علاقة له بالتفسير .

عن طريق التفسير الموسع ان نعاقب على سرقة التيار الكهربائي . لأن القوى الكهربائية تعتبر من قبيل الأشياء التي يمكن احرازها وحيازتها فهي تدخل في مدلول « المال المنقول » . ولهذا فإن هناك اجماعا في الفقه والقضاء المصريين على اعتبار اختلاس التيار الكهربائي من قبيل « السرقة » المعاقب عليها قانونا بالرغم من ان نص المادة (٣١١) لا يتناولها صراحة .وذلك كله عن طريق التفسير الموسع للفظ « المنقول » . أما بالنسبة لسرقة المنفعة (وتتحقق باختلاس الشيء - دون رضاء صاحبه - لاستعماله لا لتملكه) فان نص المادة ٣١١ عقوبات مصري لا يمكن أن يسعها ولو فسر النص تفسيرا موسعا ، لأن هذا النص يتكلم عن اختلاس المال المنقول « بنية تملكه » . فسرقته اذن بنية استعماله يعتبر خروجا على مقتضى النص لا توسعا فيه . أما اذا قلنا ان « العلة » في تجريم السرقة بنص المادة (٣١١ عقوبات) هي ذات العلة في تجريم سرقة المنفعة ، لأنه في كل منهما يختلس الشخص شيئا ماديا أو معنويا لا يخصه فان تجريم سرقة المنفعة تكون قد وصلنا اليه عن طريق القياس .

بيد أننا قد رأينا من قبل أن التجريم والعقاب لا يجوز أن يتم بطريق القياس احتراما لمبدأ شرعية الجرائم والعقاب . ولهذا فبينما يعاقب على سرقة التيار الكهربائي آخذا بالتفسير الموسع (وهو لا يتعارض مع مبدأ الشرعية) فانه لا عقاب على سرقة المنفعة طالما أن القاعدة الجنائية المجرمة لهذا الفعل لم ينص عليها القانون . والا خرجنا على مقتضى مبدأ الشرعية في التجريم والعقاب .

الفصل الرابع
تطبيق القانون الجنائي

المبحث الأول
تطبيق القانون من حيث الزمان

تمهيـــد :

٤٠ - عندما يعقب قانون جديد قانونا قديما تنشأ ظاهرة « تعاقب القوانين » وهذه الظاهرة ترتب أثرين :

الأول : الغاء القانون اللاحق للقانون السابق ·

والثانى : سريان القانون الجديد فى المستقبل ·

على أن هذين الأثرين قد يثيران بعض الصعوبات فى التطبيق ، فضلا عن أنه قد ترد عليهما بعض الاستثناءات من أجل هذا نعرض لكل منهمـا بشىء من التفصيل ·

أولا - الغاء القوانين الجزائية :

٤١ - القاعدة الجنائية - شأن كل قاعدة قانونية - تنشأ وتنقضى · وهى عند نشأتها تتمتع بقوة الزام ، وعند انقضائها تكف عن هذا الالزام · ولا يعنينا هنا أن نتكلم عن كيفية انقضائها لأن هذه الحالة الأخيرة هى التى تهمنا فى صدد تحديد السريان الزمانى لقانون العقوبات ·

والقاعدة الجنائية تنقضى اذا تلتها قاعدة أخرى لاحقة تلغيهـا صراحة أو ضمنا ، أما الالغـاء الصريح فيكون فى حالة ما اذا نص القـانون الجـديد صراحة على انتهاء العمل بقانون سابق مثل ذلك : قانون العقوبات المصرى

الذى يقضى فى مادته الأولى بالغاء القانون المعمول به امام المحـاكم الأهلية والمحاكم المختلطة وتنفيذ هذا القانون اعتبارا من ١٥ أكتوبر ١٩٣٧ .

واما الالغاء الضمنى فيكون فى حالة تعارض قاعدة جديدة مع قاعدة قديمة ، فالجديدة تلغى القديمة ، كما يكون فى حالة صدور قانون يعيد تنظيم موضوع يتولى تنظيمه قانون سابق ، فالقانون الجديد أيضـا يلغى القانون القديم .

ويمكننا أن نعطى مثلا على الالغاء الضمنى بالتعارض من قانون العقوبات اللبنانى ، فالمادة ٣ من قانون العقوبات قد عدلت بموجب القانون الصادر فى ٥ شباط (فبراير) سنة ١٩٤٨ . وكان نص المادة القديمة يقضى بأن كل قانون يعدل شروط التجريم تعديلا ينفع المدعى عليه يطبق على الأفعال المقترفة قبل نفاذه .

فاذا كان قد صدر حكم مبرم (أو حكم نهـائى) اعيدت المحـاكمة .

أما المادة (٣) بعد تعديلها فتقضى بأن كل قانون يعـدل شروط التجريم تعديلا ينفع المدعى عليه يطبق على الأفعال المقترفة قبل نفاذه ، **ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم** . فالتعارض بين نص المادة القديمة والمادة الجديدة ينصرف الى الفقرة الأخيرة فقط ولهذا تلغى المادة الجديدة المادة السابقة فى هذا الجزء ويحل محلها الحكم الجديد . من أجل هذا وجب على المفسر أن يرفع العبارة الأخيرة فى النص العربى للمادة الثالثة . وهى : « فاذا كان قد صدر حكم مبرم أعيدت المحـاكمة » والا ظل التعارض قائما وطبقنـا القانون الجديد والقانون القديم فى نفس الأوان[١] .

ومثال **الالغاء الضمنى باعادة التنظيم** : صدور قانون جديد للمجرمين الأحداث (القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤) تحديدا لمعنى الحدث ومعاملته

---

(١) راجع مثالا على الالغاء الضمنى بالتعارض نقض ٨ ١٩٥٨/٢/ مجموعة أحكام النقض س ٩ رقم ٥٤ ص ٢٧٨ .

الجنائية والتدابير المقررة به ووسائل تنفيذ هذه التدابير . وبمقتضى هذا القانون تكون المواد من ٦٤ الى ٧٣ قد ألغيت باعادة التنظيم ، حتى ولو لم يكن قانون الأحداث الجديد قد نص صراحة على الغائها .

ثانيا - سريان القانون الجديد بالنسبة الى المستقبل :

٤٢ - اذا ثبت للقانون الجديد وجوده وجب تطبيقه بالنسبة للأحداث التى تستجد وفى هذا الصدد نجد أن السريان الزمانى للقانون يحكمه مبدآن :

الأول - مبدأ عدم امتداد القانون القديم الى ما وقع بعد انتهاء نفاذه .

والثانى - مبدأ عدم رجعية القانون الجديد الى ما تم قبل نفاذه .

هذا المبدآن (وسنشير الى الأول بمبدأ « عدم التجاوز » والى الثانى بمبدأ « عدم الرجعية ») لم يأخذ بهما قانون العقوبات على اطلاقهما بل رتب لكل منهما استثناء أو أكثر . وسوف نتناول الكلام عن مبدأ عدم الرجعة ، ثم نتكلم عن مبدأ عدم التجاوز .

اولا - مبدأ عدم رجعية القانون الجديد

معناه :

٤٣ - يعتبر مبدأ عدم رجعية القانون الجنائى نتيجة منطقية للأخذ بمبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » . فمن مقتضى هذا المبدأ اعتبار الأفعال مباحة ما لم يكن هناك قانون يقضى بتجريمها ويحدد العقوبة المستحقة عليها . وفى سريان القانون الجنائى على الماضى أخذ للأفعال المباحة (وقت ارتكابها) مأخذ الجرائم المعاقب عليها ، الأمر الذى يناقض مبدأ الشرعية غاية التناقض ، ويهدد حريات الأفراد واحساسهم بالعدل .

هذا المبدأ تنص عليه المادة الخامسة من قانون العقوبات وتقضى بأنه « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » بل ان

الدستور ينص عليه فى المادة (٦٦) (الفقرة الأخيرة) بقوله : « ولا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ... ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » وبهذا حدد القانون نطاق السريان الزمانى لقانون العقوبات من حيث الزمان فجعله لا يسرى الا على ما يقع لاحقا لصدوره ، ولا يمتد الى الوقائع التى تمت قبل نفاذه(٢) .

هذا المبدأ قد ربطه الدستور بقاعدة صيانة الحرية الشخصية للأفراد قاصدا من ذلك أن يؤمن تصرفات الأشخاص ازاء القوانين التى قد تسن فى المستقبل فتضعهم موضع المساءلة وتؤاخذهم بجريرة أفعال لم يكن معاقبا عليها وقت اتيانها .

من هنا نفهم أن هذا المبدأ لا يستمد قوته من قانون العقوبات فحسب بل يستمدها من الدستور ذاته . ومعنى ذلك أن فى وسع القاضى – اذا صادف نصا يقرر له الشارع أثرا رجعيا – أن يعتبره نصا غير دستورى ، وعليه عندئذ – اذا قضى بعدم دستوريته – أن يعتبره كأن لم يكن .

الضابط فى تطبيقه :

٤٤ – والواقع ان تحديد نطاق سريان القانون الجديد يقتضى معرفة أمرين :

(١) الوقت الذى يبدأ فيه نفاذ القانون .

(٢) والوقت الذى ارتكبت فيه الجريمة . على هذا لابد من تحديد هذين الأمرين لأن بهما ينضبط نطاق سريان القانون الجديد فى الزمان .

---

(٢) ليس هذا المبدأ يقتصر على القوانين الجنائية بل انه مبدأ عام فى سائر القوانين وقد اشار اليه الدستور فى المادة ١٨٧ منه عندما قرر بأنه . لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها . ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب » .

(أ) وقت نفاذ القانون :

٤٥ - بالنسبة لهذا الوقت لا صعوبة فى الأمر . فالدستور يتكفل بتحديد التاريخ الذى يعتبر فيه القانون نافذا . والقانون - طبقا للدستور - يعتبر نافذا بعد انقضاء شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية. كما حدد الدستور موعد النشر فتطلب أن يكون فى خلال أسبوعين من يوم اصدار القانون (راجع المادة ١٨٨ من الدستور) . ومعنى ما تقدم أن القانون لا يصبح نافذا بمجرد موافقة مجلس الشعب ، ولا حتى باصدار رئيس الجمهورية له . بل ان مجرد النشر فى الجريدة الرسمية غير كاف لاعتباره كذلك ، وانما يتعين مضى شهر من تاريخ النشر . وهكذا فلا يستطيع القاضى أن يطبق القانون على فعل ارتكب قبل أن يكسب القانون قوة نفاذه طبقا للقواعد السابقة .

على أننا نلاحظ أن القوانين التفسيرية (وهى التى تصدر لتفصيل قواعد قانونية مجملة أو مختلف عليها) لا يعتبر صدورها اصدارا لقانون جديد ، لأنها تتحد - مع القانون الأصيل - فى نفس النطاق الزمنى وبهذا ينسحب العمل بها الى تاريخ ذلك القانون الأصيل الذى صدرت تفسيرا له . وهكذا فلا يجب أن يعتبر تطبيق القانون التفسيرى على وقائع سابقة خروجا على مبدأ « عدم الرجعية » طالما أن القانون التفسيرى - فى انسحابه على الماضى - لم يتجاوز وقت نفاذ القانون الأصيل الذى صدر تفسيرا له

ونلاحظ أخيرا أن العبرة فى الحكم على القانون بأنه تفسيرى أو جديد هى بحقيقة ما تقرره نصوصه لا بما يخلعه عليه الشارع من أوصاف . فإذا وصف قانون بأنه تفسيرى ولم ير القاضى أنه كذلك بل وجده يتضمن أحكاما جديدة لم يأت بها قانون سابق تعين عليه أن يخضعه لقاعدة عدم الرجعية ، وأن يطبق عليه القواعد السابقة .

(ب) وقت ارتكاب الجريمة :

٤٦ - من الجرائم ما لا يثير تحديد وقت ارتكابها أدنى صعوبة .

لأنها ترتكب وتتم فى لحظة واحدة من الزمان • فمن يطلق النار على غريمه فيخر على الفور صريعا لا يتردد أحد فى تحديد وقت ارتكاب الجريمة لأنها تبدأ وتتم فى لحظة زمنية واحدة • ولكن الصعوبة تظهر بالنسبة لتلك الجرائم التى يتراخى أمدها فى التنفيذ ، وهى الجرائم التى استقر العرف على تسميتها « بالجرائم الزمنية » لانطوائها على عنصر زمنى يباعد بين الفعل والنتيجة فى أغلب الأحوال • مثل هذه الجرائم تعن الحاجة فيها الى تحديد لحظة ارتكابها حتى يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق اذا تعاقب – فى خلال فترة تنفيذ الجريمة – قانونان أو أكثر • فمثلا ، لو فرضنا أن ممرضة أرادت أن تتخلص من المريض فأخذت تعطيه كل يوم – بدلا من الدواء – جرعة من السم قاصدة من ذلك قتله وقبل أن يموت المريض بقليل صدر قانون جديد يرفع عقوبة « القتل بالسم » ويجعلها الاعدام بدلا من الأشغال الشاقة المؤبدة ، فهل يطبق القانون القديم بوصفه القانون الذى بدأت أفعال التنفيذ فى ظله ، أم يطبق القانون الجديد بوصفه القانون الذى وقعت النتيجة تحت سلطانه ؟ هذه مشكلة يتوقف حلها على تحديد وقت ارتكاب الجريمة •

فى هذا الصدد نصادف نظريات ثلاثة :

الأولى : نظرية السلوك ، وطبقا لهذه النظرية تكون العبرة فى تحديد وقت ارتكاب الجريمة بوقت اتيان السلوك •

والثانية : نظرية النتيجة ، وطبقا لها تكون العبرة فى ذلك هى بوقت تحقق النتيجة ، والجريمة تعتبر مرتكبة فقط فى ذلك الحين •

الثالثة : نظرية مختلطة ، لا تعتد بالفعل أو النتيجة أيهما فقط ، بل تعتد بهما معا فتأخذ أحيانا بوقت ارتكاب الفعل وأحيانا أخرى بوقت وقوع النتيجة •

والحق ان اللحظة الحاسمة فى تحديد وقت ارتكاب الجريمة ، لأن فيها

يتركز العدوان على القانون . هى لحظة ارتكاب الفعل . ففى هـذه اللحظة يجسد الجانى أفكاره الآثمة ويعبر عن ارادته فى مخالفة القانون . فاذا تدخل القانون منذ ذلك الحين فان تدخله يكون مبنيا على أساس لأنه بهـذا يكفل حماية أوفى لمصالح الجماعة فضلا عن أنه لا يجاوز العدالة لأنه يؤاخذ الشخص بجريرة « فعل » لا بمحض « أفكار » .

على أننا ـ مع هذا ـ لا نقول بنظرية الفعل على اطلاقها : فثمة جرائم تضعنا نظـرية الفعـل موضع الحيرة بازائهـا . هى تلـك الجرائم المصطلح على تسميتها بالجرائم الزمنية . مثل هذه الجرائم التى قد يتعاقب فى خلال تنفيذها قانونان أو أكثر وتقتضى حسن السياسة العقابية أن ندركها عنـد النتيجة لأنه بالنتيجة فقط يستقر وضعها ويتحدد اسمها فى القانون(١) .

والمقصود بالجـرائم الزمنية الجرائم المستمرة والجرائم المطردة والجرائم المتعاقبة وجرائم العادة .

اما الجريمة المستمرة فهى التى تأتلف من عنصرين أساسيين :

(الأول) : فعل مادى ينطوى على مخالفة للقانون .

و (الثانى) : تدخل ارادى متجدد ـ من قبل الجانى ـ للمحافظة على هذه المخالفة أطول مدة ممكنة(٢) .

---

(١) وهذا هو موقف القانون اللبنانى . فالمادة السادسة من قانون العقوبات اللبنانى تقضى بأن العبرة فى ارتكاب الجريمة . هى بوقت اتيـان « السلوك » وهى التى تعبر عنه « بأفعال التنفيذ » والمادة السابعة منه تواجه تلك الطائفة من الجرائم الزمنية فتقرر أن العبرة فيها هى بوقت النتيجة . ويطبق القانون الجديد عليها ـ ولو كان اشد ـ بوصفه القانون الذى توبع على تنفيذ هذه الجرائم فى ظله .

(٢) فى هذا المعنى تقرر محكمـة النقض « الفيصل فى التمييز بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة » هو طبيعة الفعل المادى المكون للجريمة كما عرفه القانون . سواء كان هذا الفعل ايجابا أو سلبا . ارتكابا او تركا . فاذا كانت الجريمة تتم وتنتهى بمجرد اتيان الفعل كانت وقتية . أما اذا استمرت الحالة الجنائية فترة من الزمن فتكون الجريمة مستمرة طوال هذه الفترة . والعبرة بالاستمرار هنا هى بتدخل ارادة الجانى فى الفعل المعاقب عليه

والمثال التقليدى لهذه الجريمة هى جريمة اخفاء الأشياء المسروقة أو المتحصلة من جناية أو جنحة (م ٤٤ مكرر - عقوبات (واخفاء جثة قتيل (م ٢٣٩ ع) واخفاء المتهمين أو المحكوم عليهم (م ١٤٤ ع) وجريمة استعمال المحررات المزورة (المادة ٢١٤ عقوبات) واخفاء الأطفال حديثى الولادة (م ٢٨٣ عقوبات) وغيرها ؛

وأما **الجريمة المطردة** ، فالمقصود بها الجريمة التى تأتلف من فعل واحد يطرد نموه فى الزمان بحيث تتقدم - بتقدم الزمن - من الأقل الى الأكثر ٠ **مثل ذلك** : جريمة الضرب الذى ينجم عنه مرض أو تعطيل عن العمل مدة تزيد على عشرين يوما (م ٢٤١ عقوبات) أو يؤدى الى قطع أو انفصال عضو أو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصر أو فقد العينين أو أى عاهة مستديمة (م ٢٤٠ عقوبات) أو أدى الى وفاة المجنى عليه (مادة ٢٣٦ عقوبات) ٠

وأما **الجريمة المتعاقبة** ، فهى فى الحقيقة جريمة مركبة تأتلف من أكثر من فعل واحد ولكن هذه الأفعال جميعا لا تقبل التجزئة لأنها ترتبط جميعا بوحدة الغرض وتؤلف مشروعا اجراميا واحدا ، ولهذا يعتبرها الشارع جريمة واحدة ويحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم (م ٢/٣٢ عقوبات) ٠

مثل ذلك : جريمة التزوير التى يرتكبها المجرم لاخفاء فعل الاختلاس الذى أتاه ٠

وأما **جرائم العادة** : فهى التى تأتلف من أكثر من فعل ويحمل

فعلا متتابعا متجددا ولا عبرة بالزمن الذى يسبق هذا الفعل فى التهيؤ لارتكابه والاستعداد لمقارفته ، أو بالزمن الذى يليه والذى تستمر فيه آثاره الجنائية فى اعقابه ٠

راجع نقض ٢٨ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ٣٧ ص ٢٠٣ و ٢٠ يناير سنة ١٩٧٢ س ٢٣ رقم ٢ ص ٨ ٠

تعددها معنى الاعتياد وتوافر ركن الاعتياد ، مسألة يحسن تركها لقاضي الموضوع وان استقر القضاء في مصر على أن هذا الركن يقوم بتوافر فعلين على الأقل خلال مدة ثلاث سنوات ، وهي المدة المقررة لسقوط الحق في اقامة الدعوى الجنائية(١) ٠

ومثال هذه الجريمة : الاعتياد على الاقراض بربا فاحش ٠

والحق أننا لا نعتبر سريان القانون الجديد على هذه الجرائم سريانا للقانون على الماضي لأن هذه الجرائم يشترط للقول باستمرارها أن يكون قد ثوبر على تنفيذها خلال سريان القانون الجديد ٠ فكأننا بهذه المثابة لم نخرج عن نطاق القاعدة التي وضعتها المادة الخامسة والتي تقضي بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي ارتكبت أفعال التنفيذ خلاله ٠ ولما كان الأمر لا يشكل خروجا أو استثناء على مبدأ « عدم الرجعية » فاننا نرى أن القانون الجديد يطبق على كل جريمة يداخلها عنصر زمني اذا ثوبر على تنفيذها في ظله ٠

الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية :

دلالة الاستثناء :

٤٧ - اذا كان الأصل أن يطبق القانون من وقت نفاذه بالنسبة للوقائع التي تستجد بعد ذلك التاريخ ، فان الاستثناء من هذا الأصل معناه انصراف القانون الجديد الى وقائع سبقت وجوده ولم تكن - من ثم - خاضعة لسلطانه ٠

على أن الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية مقصور فقط على النصوص الأصلح للمتهم ، فيكون لهذه النصوص سلطان مده الى وقت لم تكن

---

(١) نقض ٢٢ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد جـ ٤ رقم ٤٠٠ ص ٥٦٦ ، ونقض ١٦ اكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ١٩ ص ٤٥ ، ونقض ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ س ٧ رقم ١٠٢ ص ٣٤٠ ٠

سـارية فيه . فاذا ارتكب شخص فعـلا يعـد - وقت ارتكابه - جريمة ثم صدر قانون يمحو عن الفعل صفته الاجرامية أو ينزل بالعقوبة المقـررة له ، كان هذا القانون أصلح للمتهم .

وهـذا الاستثناء تؤكده فى قانون العقوبات المصرى المادة الخامسة بقولها : « ... ومع هـذا اذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره » .

بهذا يقتصر مبدأ « عدم الرجعية » فى الحقيقة على تلك القوانين التى تخلق مركزا للمتهم أسوأ من ذى قبل ، أى يقتصر على تلك النصوص التى تجرم فعلا كان من قبل مباحا أو ترفع عقوبة فعل كان عقابه من قبل أخف .

حكمة الاستثناء :

٤٨ - نعرف أن حق الدولة فى توقيع العقاب محكوم بغاية تحقيق « العدل » بالنسبة للمتهم . وغاية تحقيق « الاستقرار » بالنسبة للمجتمع. والفرض فى القانون الجديد أنه أفضل من سابقه ولهذا فهو يحقق على نحو أكمل « استقرار » المجتمع بدليل أن السلطة القائمة على رعاية شـئون المجتمع قد ألغت القانون القديم وأحلت محله القانون الجديد .

هـذا بالنسبة لغاية « الاستقرار » . أما بالنسبة لغاية « العـدل » فلا شك أن المتهم يرحب بتطبيق القانون الجديد لأنه يخلق/له وضعا أفضل من وضعه السابق فى ظل القانون القديم وبهذا لا تضار مصالحه كما لا تضار مصالح المجتمع سواء بسواء .

معنى القانون الأصلح للمتهم :

٤٩ - ثمة حالات كثيرة يسرى فيهـا القـانون الأصلح على المـاضى فى قانون العقوبات المصرى . على أنه - قبل أن نعرض لهـذه التطبيقات فى القانون - ينبغى أن نعرف المقصود بتعبير « القانون الأصلح للمتهم » .

وقد عرفته محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها بأنه (القانون الذى ينشىء للمتهم مركزا أو وضعا أصلح له من القانون القديم(١)).

بيد أن هذا التعريف من الاجمال بحيث لا يغنى كثيرا ، ينبغى اذن أن نفصله رويدا . وللتحقق من أن قانونا من القوانين أصلح للمتهم ، يجب التثبت أولا من أن لهذا النص صفة القاعدة القانونية . وأخص ما يميز هذه القاعدة أنها قاعدة عامة مجردة . فاذا كان النص خاصا بحالة معينة ولا ينصرف الى الكافة بصورة مجردة ، فانه يتجرد من صفة العموم فى القاعدة القانونية وبالتالى لا يعتبر « قانونا » يسرى على الماضى اذا كان أصلح للمتهم(٢) .

فاذا ثبت أن النص يتضمن خصائص القاعدة القانونية فان الحكم بعد ذلك على « صلاحيته » أو عدم صلاحيته يكون للقاضى لا للمتهم . فلا يجوز للقاضى أن يترك للمتهم مهمة الخيار بين القوانين وتقرير أيهما أصلح له ، ان هذه مهمة القاضى لأنه هو المرجع فى تطبيق القانون مسترشدا بضوابط محددة . وهكذا تكون الغرامة أخف دائما من الحبس ولو رأى لمتهم غير ذلك ، لأن القانون قد رتب العقوبات درجات بعضها فوق بعض (راجع المادة (٩) وما بعدها من قانون العقوبات) ومن ثم فلا يملك القاضى أن يتجاهل هذا الترتيب .

ولكن يجب أن يكون حكم القاضى على القانون بمناسبة الحالة المعروضة أمامه ، أى فى جريمة ذات ظروف معينة وبالنسبة لمجرم ذى ظروف معينة. فالقانون الذى يؤدى تطبيقه على هذه الحالة الى عدم العقاب أو تخفيفه

---

(١) راجع نقض ١٩ أكتوبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٥ رقم ١٣ ص ٩ وكذلك نقض ٢١ نوفمبر ١٩٥٦ س ٧ رقم ٧٣ ص ٢٤٣ .

(٢) نقض ١٤ أكتوبر ١٩٥٧ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٨ رقم ٢٢٩ ص ٨٤٥ . وفى هذا الحكم نفت صفة القانون الأصلح عن الأمر الذى يصدره المحافظ بالترخيص لمحل مبيع مشروبات روحية بعد الميعاد المحدد استثناء .

هو أصلحهما بالرغم من أن تطبيقه فى حالة أخرى مغايرة يؤدى الى ا... على متهمين آخرين ·

على هذا يتصور أن يكون أحد القانونين هو أصلحهما بالنسبة الى متهم معين وأن يكون الآخر أصلحهما بالنسبة الى متهم ثان ذى ظروف مختلفة فمثلا ، اذا افترضنا أن القانون القديم يجيز ايقاف التنفيذ ، بينما لا يجيز القانون الجديد ذلك · ولكن القانون الجديد ــ من ناحية أخرى ــ يخفض حدى العقوبة ، فان القانون القديم يكون أصلح بالنسبة لمتهم ، جدير بايقاف التنفيذ ، والقانون الجديد أصلح بالنسبة لمتهم آخر غير جدير بايقاف تنفيذ العقوبة(١) ·

وأخيرا ، ينبغى أن يكون موضوع المقارنة ــ فى تقصى القانون الأصلح للمتهم ــ هو الآثار الجنائية وحدها دون غيرها · فاذا ألحق أحد القوانين بالجريمة آثارا مدنية أو ادارية أو تاديبية أشد على المتهم مما يقرره القانون الآخر فلا عبرة بها طالما أن هذا القانون ــ من الناحية الجنائية ــ أصلح القانونين ·

تطبيقات هذا الاستثناء :

أولا : القوانين التى تحذف نص التجريم أو تقرر سبب اباحة أو تستحدث مانعا من موانع المسئولية أو موانع العقاب :

٥٠ ــ فى كل هذه الأحوال يعتبر القانون الجديد « أصلح » للمتهم من القانون القديم سواء أكان صدور القانون الجديد قبل الحكم النهائى أو بعده · فاذا كان القانون الجديد قد صدر بعد الحكم نهائيا على المتهم ، أفرج عن المتهم وانتهت آثار الحكم الجنائية ·

---

(١) أقرت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع الذى طبق القانون الذى يجيز وقف التنفيذ على متهم والقانون الذى لا يجيزه على متهم آخر · راجع نقض ١٨ مارس ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض س ٣ رقم ٢٢٦ ص ٦٠٧ ·

وعلى هذا تنص المادة الخامسة من قانون العقوبات فى فقرتها الثالثة بقولها : « اذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم ، وتنتهى آثاره الجنائية » ·

لكن يبقى أن نعرف المقصود بطبيعة هـذه القوانين ·· والتى يؤدى صدورها الى انسحابها على الماضى ، وافادة المحكوم عليه منها ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى ·

أما القوانين التى تحذف نصا من نصوص التجريم ، فهى أوضح مثال على القوانين الأصلح للمتهم فبعد أن كان الفعل معاقبا عليه بوصف الجريمة ، أصبح فعلا مباحا لا عقاب عليه · مثـال ذلك : جريمة العيب فى الذات الملكية التى ألغيت بعد سقوط الملكية وقيام الجمهورية ·

وأما القوانين التى تستحدث سببا من أسـباب الاباحة ، فتعنى أن القانون الجديد قد أضاف سببا يرفع عن الجريمة وصفها الاجرامى ويجعلها عملا مشروعا وفعلا مباحا · وأسـباب الاباحة فى القـانون هى - بصفة عامة - استعمال الحق وأداء الواجب والدفاع الشرعى ·

والفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة ، أن الفعل فى هذه الحالة يصبح مشروعا بصفة استثنائية · أما فى الصورة الأولى فان الفعل يصبح مباحا أو مشروعا بصفة أصلية(١) ·

وهناك القوانين التى تنشىء مانعـا من موانع المسئولية أو من موانع العقاب ومانع المسئولية ، هو المانع الذى يعدم الارادة التى يعتد بها القانون لترتيب المسئولية الجنـائية ، أى المانع الـذى يقضى على التمييز وحرية الاختيار · ومثاله - فى القـانون المصرى - صغر السن (أقـل من سبع

---

(١) ولسوف نتناول بالتفصيل - فيما بعد - معنى « الشرعية الاستثنائية » وذلك عندما نتناول بالكلام « أسباب الاباحة فى القانون » ·

سنوات) . والجنـــون (وما فى حكمه) والغيبوبة النـــاشئة عن السكر الاضطرارى .

ـ اما مانع العقاب ، فيبقى على الجريمة قائمة ، ولكنه يعفى مرتكبها من العقوبة . ومثله ـ فى القانون المصرى ـ الاعفـــاء المقرر بالمـادة ٣٩١ عقوبات للخاطف اذا تزوج بمن خطفها زواجا شرعيا ، والاعفـــاء المقـــرر بالمادة (٤٨) عقوبات لمن كان طرفا فى اتفاق جنائى اذا بادر باخبار الحكومة بوجود الاتفاق وبمن اشتركوا فيه قبل وقوع اية جناية أو جنحة وقبـــل البحث والتفتيش عن المتهمين بهـا .

فى كل هذه الأحوال يكون القانون الجديد أصلح للمتهم ويفيـــد منه المتهم بأنه يسرى على الماضى فيشـمل بالاباحة ذلك الفعل الذى ارتكبه فى ظل القانون القديم حتى ولو كان قد صدر عنيه حكم نهائى(١) .

هذا ويلاحظ أن المحكوم عليه يفيد من القانون الجديد ـ فى مثل هذه الحالات ـ من تاريخ صدوره لا من تاريخ نفاذه . وهـذا فارق جوهرى بين القوانين الأصلح والقوانين الأسوأ للمتهم(٢) .

ثانيا ـ القوانين التى تعدل شروط التجريم تعديلا ينفع المتهم :

٥٩ ـ هـــذه القوانين لا ترفع وصف الجريمة ولا تمنع المســئولية ولا تعفى من العقاب ، وانما تطلب فى الجريمة شروطا أكثر ممـا كان يتطلبه القانون القديم ، أى تضيف عذرا مخففا لم يكن مذكورا فى القـانون القديم .

---

(١) ولا يتضمن قانون العقوبات الفرنسى نصا يسمح للمحكوم عليه بالافادة من القانون الجديد ـ ولو أباح الفعل ـ اذا كان قد صدر على المتهم حكم نهائى احتراما لقوة الشىء المحكوم به .

(٢) راجع نقض ٧ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض س ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ و ٣ يونية سنة ١٩٥٢ س ٣ رقم ٣٨٣ ص ١٠٢٦ و ١٧ ابريل سنة ١٩٦٢ س ١٣ رقم ٩١ ص ٣٦١ .

مثل **الصورة الأولى** : أن يتطلب القانون ركنا ماديا أو معنويا جديدا ، كركن **الاعتياد** في جريمة الاعتياد على ممارسة الفجور والدعارة(١) ، وكركن « **القصد المتعدى** » في جريمة الاجهاض المفضى الى موت المرأة الحامل (وهى جريمة متعدية القصد يعاقب عليها فى قانون العقوبات اللبنانى بمقتضى المادتين ٥٥٢ و ٥٤٣ عقوبات) بينما يعاقب قانون العقوبات بوصف القتل العمد أو الضرب المفضى الى موت ٠

ومثل **الصورة الثانية** : من يفاجىء زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو أخته ، فى حالة مريبة مع آخر ، فيقتلها أو يعتدى عليها بجريمة من جرائم الايذاء ٠ فى هذه الحالة لو فرضنا أن القانون الجديد استحدث هذا العذر المخفف (وهو ما تنص عليه المادة ٢٥١ عقوبات لبنانى ولا يوجد لها مقابل فى القانون المصرى) فان المتهم يفيد من هذا العذر ٠ ويطبق القانون الجديد بأثر رجعى لأنه أصلح للمتهم من القانون القديم الذى لم يكن يتضمن مثل هذا العذر المخفف ٠

وتختلف القوانين المعدلة لشروط التجريم تعديلا أصلح للمتهم عن تلك التى ترفع نص التجريم أو تضيف سبب اباحة أو مانعا من موانع المسئولية أو العقاب فى أنه يشترط فى القوانين المعدلة ــ دون القوانين المعفية ــ ألا يكون قد صدر حكم نهائى بعد ، فصدور هذا الحكم ــ بنص المادة الخامسة عقوبات ــ قبل صدور القانون الجديد يمنع المتهم من الافادة من ميزات القانون الجديد ٠

---

(١) راجع نقض ١٩٥١/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض س ٣ رقم ٨٤ ص ٢٢٢ ورقم ٨٦ ص ٢٢٩ وقد قررت المحكمة المصرية أن القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة هو الأصلح للمتهم باعتباره يتطلب فى الجريمة ركن الاعتياد على ممارسة الفجور أو الدعارة ولم يكن مطلوبا من قبل ٠

ثالثا ـ قوانين اصلح بالنظر الى الجزاء :

٥٢ ـ فى هذا الصدد أيضـــا نصادف نوعين من القوانين الأصلح للمتهم .

(أ) القوانين التى ترفع الجزاء : سواء أكان الجزاء عقوبة أم تدبيرا احترازيا ، مثل هذه القوانين ، تعتبر أصلح للمتهم بداهة ولهذا يفيد منها وقد سبق أن أشرنا الى مثل هـــذه القوانين ، عندما تكلمنا عن القوانين « المعفية من العقاب » ، وقد رأينا أن المتهم أو المحكوم عليـــه يفيد منهـا ولو كان قد صدر بحقه حكم نهائى . فاذا كان الحكم لم يصدر أخلى سبيل المتهم . أما اذا كان الحكم قد صـــدر ، أوقف تنفيذ العقوبة أو التـــدبير الاحترازى وأفرج عن المحكوم عليه .

(ب) القوانين التى تعدل الجزاء تعديلا فى صالح المتهم :

٥٣ ـ مثل هذه القوانين تبقى على الفعل معاقبا عليه ولكنها تقرر عقوبة أخف أو تعدل من شروط تنفيذ العقوبة تعديلا أصلح للمتهم .

صورتان اذن تندرجان تحت هذا الفرض : **الأولى** صورة تقرير عقوبة أخف . **والثانية** صورة تعديل شروط تنفيذ العقوبة لصالح المتهم .

٥٤ ـ فى الصورة الأولى : لابد من التثبت أولا أن القـانون الجديد يقرر عقوبة أخف من تلك المقررة فى ظل القانون القديم . والفقه والقضاء ـ فى هذا الصدد ـ مستقران على تطبيق القواعد الآتية :

١ ـ أن عقوبات الجنايات أشد من عقوبات الجنح وعقوبات الجنح أشـد من عقوبات المخالفات وذلك طبقا للترتيب الذى أوردته المواد ١٠ ، ١١ ، ١٢ من عقوبات المخالفات ، وذلك طبقا لقانون العقوبات .

٢ ـ فى عقوبات الجرائم من نوع واحد (جنايات أو جنح أو مخالفات) يتبع الترتيب الذى وضعه القانون . فالاعدام أشد العقوبات تليه الأشغال

الشاقة المؤبدة فالأشغال الشاقة المؤقتة فالسجن فالحبس مع التشغيل فالحبس البسيط فالغرامة ·

٣ - اذا اتحدت الجرائم والعقوبات من حيث النوع في كل من القانونين القديم والجديد (مثلا الجريمة في كل منهما جنحة والعقوبة في كل منهما الحبس البسيط) فان اصلح القوانين هو الذى يقرر مدة أقل · وعلى ذلك فاذا نزل القانون الجديد بالحد الأقصى أو نزل بالحد الأدنى أو هبط بهما معا فهو أصلح من القانون السابق ·

ولكن ثمة فرضا يدق فيه الحل : وذلك في حالة ما اذا ارتفع القانون بالحد الأقصى وهبط في نفس الوقت بالحد الأدنى · أو العكس من ذلك : هبط بالحد الأقصى وارتفع في نفس الوقت بالحد الأدنى · في هذا الفرض ، أي قانون حقا يعد أصلح للمتهم ؟ ·

هنا اختلفت الآراء ، وتراوحت بين تغليب الحد الأقصى دائما أو الحد الأدنى دائما · أو استخلاص الحد الأدنى المنخفض في القانونين والحد الأقصى البسيط في القانون الآخر ، لتكوين عقوبة أصلح للمتهم من القانونين معا ·

وبدون أن نعرض لهذه الآراء بالتفصيل ، فاننا نرى أن المسألة تحل ببساطة لو تذاكرنا ما سبق أن قلناه بصدد تحديد ضابط « الصلاحية » في القانون · لقد قلنا أن هذه مهمة القاضي ، وانه يسترشد في أدائها بضوابط موضوعية ، وكل ذلك بصدد الحالة المعروضة أمامه بالذات · أى بالنسبة لجريمة ذات ظروف معينة ، ومجرم ذى ظروف معينة · فاذا كان الأمر كذلك ، فان على القاضي أن يسائل نفسه : أى القانونين أصلح لذلك المتهم بالذات ؟ ان كانت ظروف الواقعة تقتضى النزول بالعقوبة - بالنسبة للمتهم - الى حدها الأدنى ، فان القانون الأصلح يكون هو القانون الذى يخفض الحد الأدنى ولو رفع الحد الأقصى · وان كانت على العكس تقتضى توقيع عقوبة مشددة فأصلح القانونين هو ذلك القانون الذى نزل بالحد

الأقصى ولو دفع الحد الأدنى - حكمًا يحل الإشكال بصورة واقعية تتلاءم مع العلة في تقرير هذا الاستثناء في القانون .

٥٥ - أما الصورة الثانية ، فهي صورة تعديل شروط تنفيذ العقوبة تعديلا أصلح للمتهم .

وهي تعرض في العمل ، عندما يقرر القانون الجديد نفس العقوبة التي يقررها القانون القديم ، ولكنه يغير من شروط تنفيذها على المتهم . مثل ذلك : أن يقرر القانون القديم للجريمة عقوبة الحبس (وحدها الأقصى - على ما نعلم - ثلاث سنوات) فيأتي القانون الجديد بنفس العقوبة ويجعلها عقوبة الحبس مع الشغل لمدة سنتين . فأي قانون أصلح للمتهم ؟ .

أثار هذا السؤال ترددا في الفقه والقضاء . ورأى البعض أن عقوبة الحبس البسيط هي من طبيعة الحبس مع الشغل . ولذلك فأصلح القانونين هو القانون الذي يقرر مدة أقل . ورأى البعض الآخر أنهما عقوبتان متميزتان ولهذا يكون الحبس مع الشغل أشد دائما من الحبس البسيط ولو كانت مدته أقل .

وربما كان الفقه يميل الى القول بأن الحبس البسيط والحبس مع الشغل من طبيعة واحدة ، ولذلك فان العبرة في تحديد الصلاحية ، هي بالمدة الأقل . أما القضاء فيميل الآن الى ترجيح الرأي الثاني ، اذ يرى أنهما عقوبتان متميزتان وأن الحبس مع الشغل أشد من الحبس البسيط دائما . ولدينا أن مذهب القضاء أصح ، لأن العقوبة ترتبط ماهيتها بشروط تنفيذها ، فاذا غير القانون الجديد من شروط هذا التنفيذ فقد غير - في نفس الوقت - من طبيعتها . وبهذا تكون عقوبة الحبس مع الشغل أشد من عقوبة الحبس البسيط دائما ولو كانت مدتها أقل(١) .

---

(١) وفي هذا المعنى تنص المادة العاشرة من قانون العقوبات اللبناني بأن كل قانون جديد يعدل طريقة تنفيذ احدى العقوبات بأن يغير ماهيتها لا يطبق على الأفعال المقترفة قبل نفاذه ما لم يكن أكثر مراعاة [illegible] عليه أو المحكوم عليه » .

ثانيا - مبدأ عدم تجاوز القانون القديم لنطاقه الزمنى فى التطبيق

القــاعدة :

٥٦ - لا يحتاج هذا المبدأ الى بيان لأنه يستمد معنـاه من القـواعد المرعية فى تطبيق القانون · ومن القواعد المرعية ان القانون الملغى يكف عن السريان من تاريخ انتهاء العمل به اما لأن القواعد التى يتضمنها لم تعد ذات موضوع ، واما لأن قانونا جديدا قد تكفل بتنظيمها ·

معنى هذا المبدأ اذن - فى خصوص تحديد السريان الزمنى للقـانون الجنائى - أن القانون الملغى (أى القانون القديم) لا يكون له وزن فى تحديد الجرائم والعقوبات بعد دخول القانون الجديد فى فترة العمـــل به طالما ان هـــذه الجرائم والعقوبات لم تصدر فيها أحكام نهـــائية تحوز قوة الشىء المقضى فيه ·

الاستثناء : القوانين المؤقتة :

٥٧ - على أن هـــذا المبدأ بالرغم من فرط بداهتــه - قد أورد عليه المشرع استثناءا هاما - يتمشى مع فكرة أن القانون الجـــديد لا يحقق - فى خصوص هذا الاستثناء - فائدة المجتمـــع من حيث العقاب · هنــا لم يجد الشارع بدا من الخروج على هذا المبدأ معطيا بذلك فرصة للقانون القديم أن يمتد خارج نطاقه الزمنى فى التطبيق ·

هذا الاستثناء يتعلق بالقوانين المؤقتة أو القوانين محدودة المدة :

فبعد أن وضعت الفقرة الأولى من المـادة الخامسة من قانون العقوبات المبدأ فى عدم جواز المساءلة عن جريمة ألغاها قانون جديد ، أوردت الفقرة الأخيرة ذلك بالاستثناء الخـــاص بالقوانين المؤقتة « غـير أنه فى حالة قيـــام اجراءات الدعوى أو صدور حكم بالادانة فيهـــا ، وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محددة فان انتهـــاء هـــذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها » ·

حكمة هذا الاستثناء :

٥٨ - والحق أن الشارع يقرر هذا الاستثناء لكى يحفظ للقانون المؤقت قوته فى فترة العمل به ، إذا ما أسهل مخالفته إذا علم الأفراد أن الغاء القانون يحمل معه خلاصهم من الجريمة والعقوبة معاً ، وفى هذا اهدار للأمن والاستقرار فى المجتمع . فاذا علمنا أن القوانين الوقتية تصدر فى فترات حرجة تواجه بها الدولة ظروفا استثنائية فى أغلب الأحيان لتبين لنا مقدار الضرر الذى يحيق بالمجتمع من جراء مخالفة هذه القوانين فى أثناء هذه الفترات . وعلى سبيل المثال ، اذا صدر قانون يحظر على السكان مغادرة الاقليم الذى يقيمون فيه لانتشار وباء به أو صدر قانون يحظر التعامل مع الأعداء أو قانون بالتسعير الجبرى أو بالرقابة على النقد ، فى كل هذه الأحوال يتضح أن هذه القوانين تحافظ على مصالح اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية عليا للدولة ، فمخالفتها اذن يلحق بها الضرر . ولا شك أنه اذا كان الغاء هذه القوانين يصاحبه الغاء للجرائم والعقوبات التى ارتكبها الأفراد فان هذه القوانين تتجرد من كل قيمتها لا بعد الغائها فقط ولكن فى فترة تطبيقها أيضا[1] .

المقصود بالقوانين المؤقتة :

٥٩ - ولنا أن نتساءل عن المقصود بالقانون المؤقت . هنا نجد للقضاء فى مصر مذهبا يخالف مذهب الفقه .

فالقضاء يرى أن القوانين المؤقتة اما أن تكون مؤقتة بالنص ، واما أن تكون مؤقتة بطبيعتها .

فالأولى : هى التى يحدد الشارع فى صلب نصوصها فترة العمل بها

---

(١) وفى هذا المعنى تقرر المذكرة الايضاحية للقانون بأنه « لا يجوز أن يستفيد المتهم او المحكوم عليه من مضى المدة التى ينهى فيها القانون عن فعل او يامر به والا ضاع الغرض المقصود من القانون » .

بمعنى انه يحدد صراحة تاريخ انتهائها . وهـــذا النوع من القوانين المؤقتة يلغى تلقائيا بمجرد حلول التاريخ المحدد فيها دون حاجة الى صدور تشريع لاحق بالغائها .

ومثال القوانين المؤقتة بالنص ، القرار الذى يقضى بأن تستولى الحكومة على كمية من الأرز والشعير من محصول سنة ١٩٥٣ فى موعد لا يجاوز آخر ديسمبر سنة ١٩٥٣(١) .

والثانية : لا يصرح الشارع بتأقيتها ولكن ذلك يكون مفهوما بالنظر إلى أن الأمور التى ينظمها القانون هى بطبيعتها مؤقتة . مثل هـــذه القوانين لا يعرف مقدما تاريخ انتهاء العمل بها ولا تزول قوتهـــا الا بتشريع لاحق يقرر الغاءها .

ومثال القوانين المؤقتة بطبيعتها الأوامر العسكرية التى صـــدرت فى ظل الأحكام العرفية ، والقوانين والقرارات الخاصة بالتسعير الجبرى .

والقضاء يقصد من هذه التفرقة الى قصر الاستثناء على النوع الأول من القوانين دون النوع الثـــانى ، وبهـــذا يفيد المتهم الذى يرتكب جريمة تص عليها قانون مؤقت بحسب طبيعته ولو كان قد صدر عليه حكم نهـــائى قبل الغائها(٢) ، (٣) .

---

(١) نقض ١٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض س ٦ رقم ٣٥٦ ص ١٢١٧ ، نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ س ٦ رق ٤١٤ ص ١٤٠٢ .

(٢) فمن اتهم باحراز سلاح لا يجوز معاقبته بمقتضى الأوامر العسكرية بعد الغاء قانون الأحكام العرفية وانما تجب معاقبته بمقتضى التشريع العادى الذى حل محلها .

(نقض ٢٨ يناير ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ٦٩ ص ٦٣) . ومن اتهم ببيع سلعة بسعر يجاوز الثمن المحدد لها وجب الحكم ببراءته اذا صدر قرار بحذف هذه السلعة من جدول التسعير الجبرى . (نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢ رقم ٦٦ ص ١٦٨) .

(٣) تبرر محكمة النقض تفسيرها لمعنى القوانين المؤقتة على النحو التالى :

« أن الشارع يعنى بالقـــوانين المؤقتة تلك التى تنهى عن ارتكاب فعل فى مدة زمنية

وأما الفقه ، فالجانب الأكبر منه لا يؤيد مذهب القضاء ولا يقر هذه التفرقة بين القوانين المؤقتة بالنص وتلك المؤقتة بطبيعتها ، بل يرى أن القانون يعتبر مؤقتا سواء نص الشارع على ذلك صراحة أو تعلق الأمر بمسائل هي بطبيعتها موقوتة ·

٦٥ ـ ولدينا أنه لا معنى للتمسك بهذه التفرقة التي يصر عليها القضاء المصرى · فالقانون مؤقت سواء أفصح الشارع عن ذلك صراحة أو ضمنا طالما أنها تنبئ مقدما أنها تتعلق بمسائل لا يمكن أن تدوم · فالقانون الذى يصدر لمواجهة ظروف مالية خاصة يعتبر مؤقتا ولو لم ينص الشارع على فترة الغائه لأن مثل هذه الظروف لا يمكن أن تدوم · والقول بغير هذا يهدر « العلة » في تقرير هذا الاستثناء من قاعدة عدم التجاوز الزمنى للقانون الملغى · تلك العلة التى من مقتضاها الحفاظ على قوة القانون فى فترة سريانه · أما اصطناع التفرقة بين القوانين المؤقتة بالنص والقوانين المؤقتة بطبيعتها فأسلوب فى التفسير لا يستقيم لأنه يتشبث باللفظ الظاهر دون المضمون وبهذا لا يحقق القانون غاياته وتتهدد بالتالى مصالح الجماعة فى الأمن والاستقرار ·

محددة · فهذه هى التى يبطل العمل بها بانقضاء هذه الفترة بغير حاجة الى صدور قانون بالغائها · أما القوانين الاستثنائية التى تصدر فى حالات الطوارئ ولا يكون منصوصا فيها على مدة معينة لسريانها فانها لا تدخل فى حكم هذا النص لأن ابطال العمل بها يقتضى صدور قانون بالغائها » ·

(نقض ٢٨ يناير ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ٦٩ ص ٦٣) ·

وقد ذكرت المحكمة فى هذا الحكم أيضا أن « هذا هو المستفاد من عبارة النص ، وهو أيضا المستفاد من عبارة المادة السادسة من مشروع قانون العقوبات الفرنسى التى نقل عنها هذا النص ، ومن المسببات التى اقتضت وضع هذه المادة هناك ، وهو بعينه الذى يستخلص من عبارة المادة الثانية من قانون العقوبات الايطالى الصادر سنة ١٩٣٠ والمشار اليه فى المذكرة الايضاحية لقانون العقوبات المصرى ، بعد ما ذكرت صراحة أن حكمها يتناول حالتين : حالة القوانين المؤقتة ، وحالة قوانين الطوارئ ، ولم تقتصر على النص على القوانين المؤقتة كما فعل القانون المصرى ، وجاء فى التعليقات عليها شرح معنى كل نوع من هذين النوعين من القوانين بما يتفق وما سبقت الاشارة اليه ·

(انظر كذلك نقض ١٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ٣٥٦ ص ١٢١٧) ·

القانون المؤقت اذن هو القانون المؤقت بالنص أو بحسب طبيعته • والاستثناء الوارد فى الفقرة التالية من المادة الخامسة من قانون العقوبات يتعلق بهذين النوعين معا • يؤيدنا فى ذلك أن عبارة النص قد أتت مطلقة فلا معنى لتقييدها بغير مقيد ، ومما يؤيد رأينا ان محكمة النقض قد ذهبت فى احكامها الأخيرة الى التحلل من هذه التفرقة وان شاءت ألا تصرح بعدولها عن قضائها السابق بشكل صريح(١) •

---

(١) فقد قضت محكمة النقض بان القرار الخاص بتخفيض وزن الرغيف لا يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم . لأنه يستهدف تحقيق اعتبارات اقتصادية بحتة تتصل بسياسة الحكومة ، فلا تتأثر بهذا التعديل فى الوزن مصلحة لأصحاب المخابز بل يظل الوضع بالنسبة اليهم ثابتا لا يتغير سواء أكان هذا التعديل بالزيادة أو النقصان •

(راجع نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٢ س ٥ رقم ١٣ ص ٣٩ ، ونقض ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ رقم ٧٣ ص ٢٤٣ . ونقض ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ س ١٧ رقم ١٣٥ ص ٧٣٢ . ونقض مارس سنة ١٩٦٧ س ٨ رقم ٦٩ ص ٣٨٠ . ونقض ٨ يناير سنة ١٩٦٨ س ١٩ رقم ٨ ص ٣٦ ، ونقض ٣ مارس سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٦٧ ص ٣١٢) •

وهذا القضاء لا شك انه يعتبر عدولا من المحكمة عن مذهبها السابق فى التفرقة بين القوانين المؤقتة بالنص (ولا يفيد منها المتهم) والقوانين المؤقتة بحسب طبيعتها (وهذه يفيد منها المتهم بعد الغائها) ذلك أن القوانين الخاصة بتحديد وزن الرغيف هى من القوانين المؤقتة بطبيعتها اذ تدعو اليها ظروف استثنائية طارئة ، ولا يمكن أن يدوم العمل بها ، بل لابد من زوالها بزوال الظروف التى دعت اليها • وتبرير المحكمة لعدولها هذا بقولها انها « قوانين تتصل بسياسة الحكومة ولا تتعلق بمصلحة اصحاب المخابز » تبرير لا يخفى الحقيقة ، وهى أن الحكومة فى سياستها تعبر عن مصلحة المجتمع ، وتغيير هذه السياسة فى شأن وزن الرغيف - يعنى أن مصلحة المجتمع تتفق مع الوضع الجديد لا الوضع القديم •

وكان أولى بالمحكمة - توخيا للوضوح وتوحيدا للقواعد بين مختلف المحاكم - أن تصرح بانها لا تفرق بين القوانين المؤقتة بالنص وتلك المؤقتة بطبيعتها ، اذ فيها معا تنتفى علة الاستثناء الذى يبرر خروج المشرع على قواعد السريان الزمانى لقوانين العقوبات واقرار رجعية القوانين الجنائية الأصلح للمتهم •

المبحث الثـاني
السريان المكاني

تمهيـــد :

٦١ - تستند لحكام السريان المكاني للقانون الجنـائي على مبادىء أربعة : اقليمي القانون ، عينية القانون ، شخصية القانون ، وأخيرا عالمية القانون الجنائي ٠

ونقصد باقليمية قانون العقوبات ، تطبيقه على كل جريمة ترتكب فى الاقليم الخاضع لسيادة الدولة أيا كانت جنسية المجرم ٠

أما عينية قانون العقوبات ، فالمقصود به تطبيق القانون على كل جريمة تمس المصالح الأساسية للدولة أيا كانت جنسية الشخص وأيا كان الاقليم الذى ارتكبت فيه ٠

والمقصود بشخصية قانون العقوبات ، تطبيقه على كل جريمة يرتكبها شخص يحمل جنسية الدولة خارج الاقليم ٠

أما عالمية قانون العقوبات ، فيعنى تطبيقه على الجريمة التى يقبض على مرتكبها فى اقليم الدولة أيا كانت جنسيته ومكان جريمته ٠

والواقع أن القانون المصرى لا يأخذ بمبدأ واحد من هذه المبادىء ، لأن الأخذ بمبدأ واحد يوجد نقصـا فى الحماية الجنـائية الواجب توافرهـا فى الميدانين الداخلى والخارجى للدولة ٠ وكذلك تفعل معظم التشريعات الجنائية الحديثة ، واذا كان ثمة خلاف بينها فهو خلاف فى جعل الأصـل هـو مبدأ الاقليمية والاستثناء مبدأ الشخصية أو العكس ٠ على أن الراجح فى هـذه التشريعات - ومنها التشريع المصرى - هو الأخذ بمبدأ الاقليمية كأساس

للسريان المكانى واللجوء الى المبادىء الأخرى لتكملة هـذا المبدأ حتى يمكن للدولة ان تؤكد حمايتها لمصالحها ومصالح رعاياها بوصفها دولة ذات سيادة وبوصفها عضوا فى المجتمع الدولى أيضا ٠

تقســيم :

٦٢ - سوف نعرض لهذه المبادىء الأربعة على الترتيب المتقدم باعتبار ان مبدأ الاقليمية هو الأصل والمبـادىء الأخرى فروع مكملة له ٠ ويلاحظ أن دراسة الموضوع دراسة شاملة تقتضى بالاحاطة بمدى سريان التشريعة الأجنبية عند تطبيق قانون العقوبات الوطنى وكذلك دراسـة آثار الأحكام الأجنبية والاسترداد ٠ بيد أننـا نؤثر عدم الخوض فيهـا لأنها أقرب الى دراسة « القانون الجنائى الدولى » منها الى القانون الجنائى الداخلى ٠

اولا - مبدأ اقليمية قانون العقوبات :

ماهيتــه :

٦٣ - قلنا أن المقصود باقليمية القـانون الجنائى هو أن الشريعـة الجنائية تحد بحدود الاقليم الخاضع لسيادة الدولة ٠ فكل جريمة ترتكب على هذا الاقليم تخضع لأحكام القانون سواء أكان مرتكبها وطنيا أم أجنبيا ، وسواء أهدرت مصلحة الدولة صاحبة الاقليم أو مصلحة دولة سواها ٠

نتــائجه :

٦٤ - يترتب على هذا المبدأ أثران : أولهما ايجابى ، ومفاده تطبيق القانون الجنـائى تطبيقا شـاملا على كل الجرائم التى ترتكب فى الاقليم ٠ وثانيهما ، سلبى ، ومفاده عدم تطبيق القـانون الجنـائى الاقليمى على أية جريمة ترتكب خارج الاقليم ٠

على أنه اذا كان الأثر الأول مرعيا فى القـانون الجنائى المطبق ، فان الأثر الثانى لا يمكن مراعاته لأنه يتعارض مع الأخذ بمبادىء أخـرى لازمة لتكملة التطبيق المكانى للقانون ٠

تبريـــره :

٦٥ - وهذا المبدأ يجد تبريرا له فى فكرة « السيادة » التى تشكل دولة على اقليمها . ولا شك أن أهم مظاهر هذه السيادة هو تطبيق قانون العقوبات (وغيره أيضا) داخـل الاقليم . واذا كانت السيادة اقليمية فان هذا يستتبع القول باقليمية القانون . فضلا عن أن الأخـذ بمبدأ الاقليمية يكون أدنى الى تحقيق العدالة فى الاقليم حيث يسهل جمع الأدلة وتحقيقها والبت فيها .

ولسوف ندرس مبدأ الاقليمية فى القانون المصرى ، ثم نعرض بعـد ذلك لما يرد عليه من استثناءات .

اولا - تطبيق المبدأ فى القانون المصرى :

٦٦ - يقتضى النظر فى تطبيق المبدأ فى القانون المصرى تحديد اقليم الدولة ، وتحديد مكان الجريمة ، ثم النظر بعد هذا فى القواعد التى تطبق بعد هذا التحديد وفقا لقواعد القانون المصرى .

تحديد اقليم الدولة :

٦٧ - تتكفل قواعد القـــانون الدولى العـام بتحديد ماهيـة الاقليم وحدوده . وهناك بعض التشريعات الداخلية تتنـاول بدورها تحديد اقليم الدولة ، (كما فعل القـــانون اللبنانى) . أما قانون العقوبات المصرى فلم يعرض لتحديد الاقليم تاركا ذلك لقواعد القانون الدولى .

وطبقا لقواعد القانون الدولى ، فان الاقليم يتكون من عناصر ثلاثة : الارض ، والماء ، والهواء .

واما الأرض فهى الحدود السياسية للدولة كما هو معترف بها دوليا . كما تشمل كذلك طبقات الأرض الدنيا الى مركز الكرة الأرضية .

ويضاف الى الأرض - طبقا لقواعد القانون الدولى - السفن والطائرات

الحربية المصرية . كما يضاف اليها - أخذا بالعرف الدولى - أرض السفارات والمفوضيات والقنصليات المصرية فى الخارج .

أما الماء ، فهو جميع المياه الداخلية فضلا عن البحر الاقليمى ، والبحر الاقليمى - طبقا للتشريع المصرى - يمتد الى اثنى عشر ميلا من الشاطئ(١) .

وأما الهواء ، الذى يكون الاقليم الجوى ، فهو طبقة الهواء التى تغطى الأرض المصرية ، فضلا عن المدى الجوى الذى يغطى البحر الاقليمى الى ما لا نهاية فى الارتفاع .

تحديد مكان ارتكاب الجريمة :

٦٨ - مكان ارتكاب الجريمة هو المكان الذى يتحقق فيه ركنها المادى أو عنصر من عناصر هذا الركن .

على هذا تعتبر الجريمة مرتكبة على الاقليم المصرى ، وبالتالى ينطبق عليها القانون المصرى :

(أ) اذا ارتكبت بركنها المادى كله فى الاقليم : مثال ذلك أن يطلق الجانى النار على آخر فيموت هذا فى نفس الاقليم . أو يستعمل الجانى طرقا احتيالية للاستيلاء على مال المجنى عليه فى ذات الاقليم .

(ب) اذا ارتكب عنصر من هذا الركن فيها . والركن المادى يأتلف من عناصر ثلاثة : السلوك والنتيجة ورابطة السببية بينهما : ومثال ارتكاب السلوك فى الاقليم ، أن يدس الشخص السم للمجنى عليه فى مصر ويموت هذا فى اقليم مجاور سافر اليه بعد تناول السم .

ومثال تحقيق النتيجة ، أى يأخذ المجنى عليه السم فى اقليم مجاور ثم يسافر الى الاقليم المصرى حيث يتحقق وفاته .

---

(١) القرار الجمهورى رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٨ الصادر فى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٨ .

ويتساوى مع تحقق النتيجة فعلا ، توقع حصولها فى الاقليم المصرى ، وذلك كما فى حالة الشروع ٠

ومثال حدوث رابطة السببية ، أن يتناول المجنى عليه السم فى بلد مجاور ثم ينتقل الى مصر ويوضع تحت مراقبة الجانى الذى يمنعه من العلاج حتى يحدث السم أثره ثم ينتقل المجنى عليه الى اقليم ثالث حيث تقع الوفاة ٠ فى هذا المثال قد بوشر جزء من الركن المادى فى الاقليم المصرى وهو ذلك الجزء الخاص بعلاقة السببية ٠ فالمتهم الذى أشرف على منع المجنى عليه من العلاج يحاكم عن جريمة القتل بالسم وفقا لقانون العقوبات المصرى ٠

(ج) هذا عن ارتكاب الركن المادى أو جزء منه فى جريمة أصلية ٠ ولكن قد يرتكب ذلك الفعل فى جريمة تبعية أى بطريق الاشتراك ٠ مثل ذلك : أن يساهم شخص مع آخر فى احكام الطرق الاحتيالية التى بواسطتها سيتم الاستيلاء على أموال المجنى عليه فى مصر ٠ أى اشتراك الجانى فى ارتكاب الجريمة بوصفه فاعلا مع غيره فيها ٠

كما قد يحرض الجانى شخصا آخر يتفق معه أو يساعده فى التخلص بالقتل من شخص ثالث ، ويتم ذلك التحريض أو الاتفاق أو المساعدة فى الخارج بينما تقع الجريمة فى الاقليم ٠

والى هذا الفرض أشارت الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون العقوبات بقولها : « تسرى أحكام هذا القانون أيضا على الأشخاص الآتى ذكرهم : أولا : كل من ارتكب خارج القطر فعلا يجعله فاعلا أو شريكا فى جريمة وقعت كلها أو بعضها فى القطر المصرى » ٠

وقد يوحى ظاهر هذا النص أن المشرع قد أراد أن يضيف فرضا جديدا الى مبدأ الاقليمية بينما الحقيقة أن هذا الفرض يعتبر تطبيقا مباشرا من تطبيقات الاقليمية ، لأنه اذا كانت أفعال المساهمة الأصلية أو التبعية

(الاشـــتراك) قد بدأت فى الخارج الا أنهـــا أثمرت الجريمة فى مصر . وما دامت الجريمة قد وقعت فى مصر ، فان القـــانون المصرى يكون واجب التطبيق ، أخذا بمبدأ اقليمية القانون .

(د) وأخيرا فانه يتعين مراعاة طبيعة الجريمة عنـــد تطبيق مبـــدأ الاقليمية . فالجريمة تعـــد مرتكبة فى كل مكان يتحقق فيه الاستمرار . فجريمة اخفاء الأشياء المسروقة جريمة مستمرة تعتبر متحققة فى كل مكان أرتكب فيه فعل الاخفاء . وجريمة الشروع تعتبر مرتكبة فى الاقليم الذى بدأ الجانى فيه نشاطه كما تعد مرتكبة فى المكان الذى كان متوقعا أن تتحقق فيه النتيجة . فمن أعطى غريمه مادة سامة فى اقليم متوقعا وفاته فى اقليم ثان سوف ينتقل اليه ، ولـكن النتيجة لم تتحقق لاســـعاف المجنى عليه بالعلاج ، أعتبرت الجريمة مرتكبة فى الاقليمين .

دخول مكان الجريمة فى نطاق الاقليم :

٦٩ ـ والآن وقد تحدد اقليم الدولة وتحدد مكان الجريمة فان التحقق من دخول المكان فى حدود الاقليم (ســـواء كان اقليما أرضـــيا أو مائيا أو هوائيـــا) لا يثير صعوبة . وانما تثور الصـــعوبة اذا ارتكبت الجريمة فى سفينة أو طائرة ، وبالذات عندما تكون هذه السفينة أو الطائرة أجنبية وموجودة فى اقليم الدولة البحرى أو الجوى . هنا يثور التنازع بين قانون الدولة وقانون جنسية السفينة أو الطائرة .

ولحسم هذا النزاع ينبغى أن نفرق بين السفن والطائرات الحربية من ناحية ، والسفن والطائرات غير الحربية من ناحية أخرى .

فالسفن والطائرات الحربية تعـــد بمثابة قلاع عائمة او طـــائرة ، وهى تحمل جزءا من ســـيادة الدولة التى تنتمى اليهـــا ، ومن ثم تخضع الجرائم التى ترتكب عليها لقانون الدولة التى تحمل جنسيتها .

أما غير الحربية ، فيتعين التمييز ـ مرة أخرى ـ بين السفن والطائرات

فالسفن الراسية فى البحر الاقليمى لدولة أجنبية (غير التى تحمل علمها) تخضع لقانون الدولة الاقليمى فى حالات ثلاثة :

(١) اذا تعدت الجريمة حـدود السـفينة ، كأن وقعت من أو على بحارتها أو ركابها ·

(٢) أو أخلت بالأمن فى الميناء ·

(٣) أو طلبت تدخل سلطات الميناء · أما فى غير هذه الحـالات فان السفينة تطبق قانون جنسيتها(١) ·

هذا بالنسبة للسفن ، أما بالنسبة للطائرات (غير الحربية) المحلقة فى الفضاء الجوى الخاضع لسيادة دولة غير دولتها ، فلا يوجد بشأنها عرف دولى مستقر · والسائد فى فرنسا — فى هذا الشأن — هو خضوع الجرائم التى ترتكب على متن الطائرة لقانون الجنسية ، ما لم تكن هذه الجرائم ماسة بمصلحة الدولة صاحبة الاقليم (كأن يكون المجنى عليه منتميا الى جنسيتها أو كأن تهبط فى اقليم الدولة الأجنبية بعد ارتكاب الجريمة) ·

ثانياً — الاستثناءات الواردة على مبدأ الاقليمية :

٧٠ — رأينا أنه من مقتضى تطبيق مبدأ الاقليمية أن قانون العقوبات يسرى على مرتكبى الجرائم داخل الاقليم لا تفرقة بين جنسياتهم أو جرائمهم ، أخذا بمبدأ مساواة الأفراد داخل الاقليم أمام القانون ·

على أن ثمة اعتبارات تتطلبها المصلحة العامة — سواء تعلقت بالمجتمع الداخلى أو المجتمع الدولى — تحتم الأخذ ببعض الاستثناءات ·

---

(١) يمكن ان يعتبر العرف الدولى مصدرا لهذه القواعد ، وان كان العرف قد اخذ يتحول فى البلاد الانجلوسكسونية التى ترى وجوب خضـوع السفينة فى جميع الأحوال للقـانون الاقليمى ·

اما القانون المصرى (القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٣٩) فيأخذ بمبدأ خضـوع السفينة المصرية للقانون المصرى ، حتى ولو وجدت فى البحر الاقليمى لدولة أجنبية طالما ان هـذه الجرائم من قبيل الجنايات او الجنح ·

١ - اعضاء مجلس الشعب :

٧١ - نصت المادة ٩٨ من الدستور على أنه : « لا يؤاخذ اعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء فى أداء اعمالهم فى المجلس او فى لجانه » .

وهذا النص يقرر ما يعرف « بالحصانة البرلمانية » لأعضاء مجلس الشعب . وهى ضرورة من ضرورات الحياة النيابية اذ تمكن ممثلى الأمة من أداء عملهم على النحو الذى حدده الدستور .

وهذه الحصانة تقتصر على الجرائم القولية والكتابية شريطة أن ترتكب أثناء أداء العضو لأعماله فى المجلس أو فى لجانه المختلفة وبشرط أن تكون متناسبة مع العمل النيابى .

ومؤدى هذا أن ارتكاب عضو مجلس الشعب لجريمة أخرى غير هذه الجرائم ، تضعه موضع مؤاخذة ، وان كان لا يجوز القبض عليه أو اتخاذ اجراءات التحقيق والمحاكمة قبله الا بعد صدور اذن من المجلس ولا يستثنى من ذلك الا أحوال التلبس بالجريمة . فهى تبيح القبض عليه ، واتخاذ كافة الاجراءات الواجبة دون حاجة الى استئذان المجلس .

٢ - رؤساء الدول الأجنبية :

٧٢ يتمتع رؤساء الدول الأجنبية بحصانة عامة تشمل كل فعل يصدر عنهم وتمتد الى أسرهم وحاشيتهم .

وحكمة تقرير هذه الحصانة تتمثل فى أن هؤلاء الأشخاص يمثلون دولا ذات سيادة ; ولهذا فثمة عرف قائم فى القانون الدولى العام مقتضاه أن خضوع هؤلاء لقانون الدولة التى يوجدون على اقليمها ينطوى على مساس بسيادة الدولة التى يمثلونها .

٣ - رجال السلك السياسي الأجنبي :

٧٣ - يتمتع رجال السلك السياسي الأجنبي بحصانة عامة ، شاملة لكل ما يأتونه من أفعال ، ســـواء تعلقت بعملهم الدبلوماسي مباشرة أو لم تتعلق .

هذه الحصانة - وتعرف بالحصانة الدبلوماسية - تمتد الى كل رجال السلك الدبلوماسي الأجنبي على اختلاف درجاتهم ، كما تمتـــد الى جميع أعضاء الوكالة الدبلوماسية وعمالهـا بشرط الا يحملوا جنسية الدولة التي يعملون على اقليمها .

كذلك يتمتع بهذه الحصانة أعضاء البعثات السياسية الخاصة وممثلوا الهيئات الدولية كهيئة الأمم المتحدة - والمنظمات التي يتفرع عنها - وجامعة الدول العربية .

أما رجال السلـــك القنصلي فيتمتعون بحصـــانة محدودة تقتصر على ما يرتكبه القنصل من أفعال أثناء أدائه وظيفته وبسببها .

٤ - رجال القوات الأجنبية الذين يرابطون في اقليم الدولة بترخيص منها :

٧٤ - هؤلاء يتمتعون أيضـــا بحصانة تشمل جميع الأفعـال التي يرتكبونها أثناء أدائهم عملهم وفي داخل المناطق المخصصة لهم بترخيص من الدولة . والسبب في ذلك أن القوات الحربية تمثل سيادة الدولة بالاضافة الى أن هؤلاء يخضعون للنظام العسكري الذي يحكمهم .

ولا حاجة الى القـــول أن القوات الحربية التي ترابط في اقليم دولة بدون رضاها لا تتمتع بهذه الحصانة لأنها تكون معتدية على السيادة الاقليمية لهذه الدولة والمعتدي على الحق لا يتمتع بما يمنحه هذا الحق من مزايا .

تكييف هذه الحصانة :

٧٥ ـ فى كل الأحوال التى سلفت رأينا أن القانون الجزائى لا يطبق داخل الاقليم بالنسبة لهؤلاء الأشخاص اما لسبب أو لآخر . ولهذا يتمتع هؤلاء الأشخاص « بحصانة » بازاء التشريع الوطنى . فهل هى حصانة تشريعية ؟ بمعنى أن هؤلاء الأشخاص لا تتوجه القاعدة الجنائية اليهم أصلا بالخطاب شأن سائر المكلفين ؟ ان القول بهذا معناه ان « المساهم » فى جريمة يرتكبها أحد هؤلاء يعفى من تطبيق الشريعة الجنائية لأن الفعل الذى أتاه لا يخضع لنصوص من نصوص التجريم .

وفضلا عن ذلك فانه ـ فى الدفاع الشرعى ـ لا يملك المعتدى عليه أن يرد الاعتداء الواقع عليه من شخص يتمتع بالحصانة ، لأنه يشترط فى الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء « غير مشروع » الأمر الذى لا يتحقق مع القول بأن الحصانة « تشريعية » ترفع عن الفعل أوصافه فى القانون .

والحقيقة أن هذه الحصانة لا تعدو أن تكون « حصانة قضائية » . فهؤلاء الأشخاص قصد بحمايتهم من تطبيق التشريع الجنائى داخل الاقليم ألا يمثلون أمام القضاء فتتعرض ذواتهم لمهانة لا يليق أن تلحق بهم . وعلى هذا تمدهم الحصانة بالأمان عند اتخاذ اجراءات التحقيق والمحاكمة وتسبغ على أفعالهم « مانعا اجرائيا » بحتا . وهكذا تأخذ الأفعال صفتها الحقيقية فى القانون ولكنهم لا يحاكمون من أجلها ما تمتعوا بالصفة التى خولتها اياهم هذه الحصانة القضائية .

ثانيا ـ مبدأ عينية قانون العقوبات :

٧٦ ـ يعنى هذا المبدأ تطبيق قانون العقوبات الوطنى على كل جريمة تمس مصلحة أساسية للدولة أيا كان مكان ارتكابها وجنسية مرتكبها ، وبغض النظر عما إذا كان معاقبا عليها أو غير معاقب عليها فى قانون الدوله التى وقعت فيها

والحق ان هناك مصالح يقوم عليها كيان الجماعة وكفل لها القانون الجنائى الحماية فيساهم بهذا فى حماية كيان المجتمع ذاته . هذه المصالح أساسية لدرجة أن اهدارها يهدد وجود المجتمع . ومن أجل هذا يستوى فى نظر الشارع أن ترتكب داخل اقليم الدولة أو خارج هذا الاقليم لأنها - على الحالين - تهدد المجتمع فى أسس بقائه ووجوده . فاذا لجأت التشريعات الحديثة لتقرير مبدأ العينية فانها تلجأ اليه حماية لهذه المصالح الأساسية فى المجتمع . ولكن يلاحظ أن التشريعات الجزائية انما تلجأ الى هذا المبدأ لتكملة مبدأ الاقليمية أو مبدأ الشخصية .

تطبيقه فى القانون المصرى :

٧٧ - لم يشذ الشارع المصرى عن مسلك هذه التشريعات الحديثة بل أخذ بمبدأ العينية وبين تلك الجرائم التى تمس فى نظره مصالح المجتمع المصرى الأساسية وأوجب تطبيق الشريعة الجزائية المصرية عليها أيا كانت جنسية مرتكب الجريمة ومكان ارتكابها . وهذه الجرائم - وفقا لنص المادة الثانية (الفقرة الثانية) من قانون العقوبات هى الآتية :

(١) الجنايات المخلة بأمن الدولة :

٧٨ - وهذه الجنايات وردت فى البابين الأول والثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات . ويضم الباب الأول الجنايات المخلة بأمن الحكومة من جهة الخارج كالقاء الدسائس الى دولة أجنبية وتسهيل دخول العدو فى البلاد ، ويضم الباب الثانى الجنايات المخلة بأمن الحكومة من جهة الداخل كالشروع بالقوة فى قلب دستور الدولة أو شكل الحكومة وقيادة عصابات مسلحة بقصد اغتصاب أراضى الحكومة .

وقد اقتصر القانون على الاشارة الى الجنايات ولم يشر الى الجنح التى تخل بأمن الحكومة . ولذا فلا ينطبق هذا النص عليها .

(٢) جنايات تقليد أو تزوير او استعمال أو ادخال الأشياء المنصوص عليها بالمادة ٢٠٦ عقوبات :

٧٩ – وتشير المادة ٢٠٦ عقوبات الى جنايات تقليد شيء من الأشياء المنصوص عليها بالمادة المذكورة أو استعمال ما هو مقلد أو مزور منها أو ادخاله في البلاد المصرية(١) ٠

وحكم هذا النص يمتد الى كل الجنايات التى تنص عليها المادة ٢٠٦ عقوبات فهى تزوير بمعناه الواسع ٠

(٣) جنايات تقليد او تزييف أو تزوير عملة ورقية او معدنية مما نص عليه بالمادة ٢٠٢ عقوبات او ادخالها في البلاد او اخراجها أو ترويجها او حيازتها او التعامل بها مما نص عليه بالمادة ٢٠٣ عقوبات :

٨٠ – هذه الجنايات قد نصت عليها المادتان ٢٠٢ و ٢٠٣ من قانون العقوبات وهى تستهدف حماية « العملة المتداولة قانونا » من العبث بها مما يهدد سلامة اقتصاد البلاد والثقة في عملتها الرسمية ٠

وهاتان المادتان تقتصران على الجنايات فلا يمتد التجريم – المعاقب عليه طبقا لمبدأ عينية قانون العقوبات – الى الجنح ٠

٨١ – ويلاحظ انه لا يشترط لتطبيق مبدأ العينية غير كون الجريمة المرتكبة من الجرائم الماسة بمصلحة أساسية للدولة كما نصت عليه المواد السابقة ٠ فلا يشترط بعد هذا كون الجريمة قد ارتكبت في اقليم معين ، او أن الجانى يحمل جنسية معينة أو أن الفعل معاقب عليه في الأقليم الذى وقعت فيه ،

---

(١) الأشياء المذكورة بالمادة ٢٠٦ عقوبات هى أمر جمهورى او قانون أو مرسوم او قرار صادر من الحكومة او خاتم الدولة او اختام او تمغات او علامات احدى المصالح او احدى جهات الحكومة او ختم أو امضاء أو علامة احد موظفى الحكومة او اوراق مرتبات أو بونات او سراكي أو مستندات اخرى صادرة من خزينة الحكومة او فروعها او تمغات الذهب او الفضة

ثالثا - مبدأ شخصية قانون العقوبات :

دلالته :

٨٢ - يعنى مبـــدأ الشخصية تطبيق قانون العقوبات الوطنى على جرائم يكون الجانى فيها أحد رعايا الدولة خارج اقليمها · أو تطبيقه على كل جريمة يكون المجنى عليه فيها منتميا الى جنسية الدولة ولو كان مرتكب الجريمة أجنبيا وارتكبها خارج الاقليم ·

ومعنى ما تقدم أن لمبدأ الشخصيةوجهين : ايجابى وسلبى ·

فالايجابى ، خاص بتطبيق القانون الوطنى على رعايا الدولة عنـــدما يرتكبون الجرائم خارج الاقليم (المصرى جانيا) ·

والسلبى ، خاص بتطبيق القانون الوطنى على الأجانب الذين يرتكبون جرائم - خارج الاقليم - على رعايا الدولة (المصرى مجنيا عليه) ·

اهميته :

٨٣ - كانت لهذا المبـــدأ أهمية كبرى فيمـــا مضى اذ كان الأصل فى القوانين كافة أنها شخصية تلاحق رعايا الدولة أينما كانوا · ولـكن نفوذ هذا المبدأ قد تقلص حينما أصبحت السيادة ترتكز الى أساس اقليمى لا شخصى ·

ومع هذا فلهذا المبدأ أهمية لاتنكر الآن ، لأنهالوسيلة التى تتجنب بها الدولة فرار رعاياها - بعد ارتكابهم جرائم فى الخارج - الى داخل الاقليم· فمبدأ الاقليمية لا يسعف فى هـــذا الخصوص ولا يستطيع ملاحقة هؤلاء الأشخاص لأنهم لم يرتكبوا جرائمهم على اقليم الدولة · وكذلك لا تستطيع الدولة التى ارتكبت الجريمة على أرضهـا أن تعـاقبه لأن الجـانى قد غادر اقليمها · وأخـيرا فلا تستطيع الدولة أن تسلمه الى الدولة التى وقعت الجريمة على أرضها لأن تسليم الرعايا محظور فى معظم الدساتير (وهو محظور

كذلك بالنسبة للمصريين بنص المادة ٥١ من الدستور) . لا يبقى اذن الا أن تتولى الدولة نفسها مساءلة الجانى من رعاياها عن هذا الجرم وفقا لتشريعها الجنائى المطبق .

تطبيقه فى القانون المصرى :

٨٤ – يقتصر تطبيق مبدأ الشخصية – فى القانون المصرى – على الوجه الايجابى دون الوجه السلبى . ومعنى ذلك أن جنسية المجنى عليه ليست موضع اعتبار فى تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان . أما « الجانى » فموضع اعتبار المشرع المصرى اذا كان مصريا وارتكب جريمته فى الخارج . وقد نظمت سلطان القانون المصرى على المصريين فى الخارج ، المادة الثالثة من قانون العقوبات فقضت بأن « كل مصرى ارتكب وهو خارج القطر فعلا يعتبر جناية أو جنحة فى هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه – اذا عاد الى القطر – وكان الفعل معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكبه فيه » .

شروط تطبيقه :

٨٥ – بهذا يتطلب تطبيق النص توافر الشروط الاربعة الآتية :

(١) أن يكون الجانى مواطنا مصريا .

(٢) أن تكون الجريمة التى ارتكبها جناية او جنحة طبقا للقانون المصرى .

(٣) أن يكون الفعل معاقبا عليه فى قانون الاقليم ارتكب فيه .

(٤) أن يعود الجانى الى مصر .

الشرط الأول – أن يكون الجانى مصريا :

٨٦ – يجب أن يكون الجانى متمتعا بالجنسية المصرية ، طبقا للقانون الذى يحدد جنسية المصريين . فاذا لم يكن كذلك ، تخلف شرط أساسى

من شروط تطبيق مبدأ الشخصية ، وأمكن للسلطات أن تقوم بابعاده عن البلاد أو تسليمه •

وهذا الشرط يجب أن يتوافر وقت ارتكاب الجريمة ، فلا يهم اذن أن يتم فقد الجنسية أو كسبها بعد ارتكابه الجريمة ، اذ المعول عليه - فى تطبيق هذا النص - توافر شرط الجنسية فى الوقت الذى ارتكب فيه الجانى جريمته •

وهذه النتيجة منتقدة على أية حال ، فكسب الجانى للجنسية بعد ارتكاب الجريمة يجعله يفلت من العقاب ، اذ يكون من غير الممكن تسليمه (لأنه مصرى) كما يكون من غير الممكن محاكمته (نه لم يكن مصريا وقت ارتكاب الجريمة) • ومن أجل هذا حاولت بعض التشريعات أن تتفادى هذا الوضع فساوت فى المسئولية بين الشخص الذى يتمتع بالجنسية وقت ارتكابه الجريمة والشخص الذى اكتسبها بعد ارتكابه اياها(٤) •

وجدير بالذكر أن عديم الجنسية لا يعد مواطنا ، أما الشخص متعدد الجنسية فانه يعد مواطنا اذا كانت الجنسية المصرية هى احدى الجنسيات التى يحملها •

الشرط الثانى : أن يكون الفعل جناية أو جنحة :

٨٧ - شرط المشرع المصرى أن تكون الجريمة التى ارتكبها المصرى فى الخارج على درجة معينة من الجسامة : جناية أو جنحة طبقا للقانون المصرى • وبذا استبعد من نطاق المساءلة الجنائية المخالفات ، ولو كانت موصوفة بوصف أشد طبقا لقانون الاقليم الذى ارتكبت فيه • فما دام

---

(٤) وهذا هو الوضع فى القانون الفرنسى فقد اضيفت بمقتضى القانون الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩١٠ فقرة ثالثة الى المادة الخامسة من قانون تحقيق الجنايات سوى فيها بين الفرنسى أصلا وبين من كسب الجنسية الفرنسية بعد ارتكاب الجريمة • أما القانون الألمانى فنص صراحة على ذلك فى المادة الرابعة (فقرة ٣) من قانون العقوبات . وكذلك يفعل قانون الأمارات المتحدة فى المادة ٢٢ من قانون العقوبات الاتحادى .

القانون المصرى هو القانون واجب التطبيق فمن السائغ اذن أن يكون الفعل على قدر من الخطورة بحيث يبرر قيام السلطات المختصة بأعباء التحقيق والقضاء ٠

الشرط الثالث : ان يكون الفعل معاقبا عليه طبقا لقانون الاقليم الذى ارتكب فيه :

٨٨ - معنى هذا الشرط أن يكفى لدى الشارع المصرى أن يكون الفعل معاقبا عليه فى الاقليم الذى وقع فيه ٠ وليس شرطا أن يكون على درجة من الجسامة ، بل يكفى أن يكون « جريمة » ولو كانت من قبل المخالفات ٠

فاذا كانت الحكمة فى تقرير هذا النص هو تجنب أن يكون الاقليم المصرى ملاذا للمصريين الفارين من العقاب ٠ فان هذه الحكمة لا تتحقق اذا كان الفعل - طبقا لقانون الاقليم ٠

الشرط الرابع : عودة الجانى الى الاقليم المصرى :

٨٩ - يتطلب القانون المصرى - لمحاكمة المصرى عن جريمته المرتكبة فى الخارج ، أن يعود الى مصر ٠ ومعنى ذلك ، انه لا يجوز محاكمته غيابيا ، فاذا رفعت الدعوى العمومية ضده - وهو لا زال فى الخارج - تعين على المحكمة أن تحكم بعدم قبولها ٠

وحكمة هذا الشرط ، أن عودة المصرى الى الاقليم المصرى هى التى تباعد بينه وبين السلطات الأجنبية ، ومن ثم يكون من الواجب محاكمته حتى لا يفر من العقاب ٠

على أنه اذا ثبت لدى السلطات المصرية ، أن الجانى قد عاد الى مصر ، ولكنه مختف عن الأنظار ، فهنا يكون من الجائز محاكمته غيابيا ٠

ويلاحظ أخيرا ، أنه لا يشترط أن تكون عودة الجانى الى الاقليم المصرى

بمحض اختياره . فسواء عاد مختارا أو جبرا عنه نان علة النص تكون متوافرة . وشرط الوجود فى الاقليم المصرى - بعد ارتكاب الجناية أو الجنحة فى الخارج - يكون متوافرا . ومتى عاد الجانى الى مصر بدأت محاكمته ، فلا يشترط بقاؤه فيها حتى انتهاء محاكمته ، بل ان هذه المحاكمة تظل صحيحة ولا تبطل اجراءاتها بخروجه من مصر مرة أخرى .

رابعا - مبدأ عالمية قانون العقوبات :

دلالتـــه :

٩٠ - لا نقصد بهذا المبدأ أن لقانون العقوبات سلطانا على العـــالم بأسره ، وانما نعنى به أن قانون العقوبات الوطنى يطبق على كل جريمة يقبض على مرتكبها فى اقليم الدولة ، أيا كان الاقليم الذى ارتكبت فيه وأيا كانت جنسية الجانى .

فحيث لا يمكن مساءلة الجانى باعمال مبدأ الاقليميـــة (لأن الجريمة ارتكبت فى الخارج) أو تطبيقا لمبدأ الشخصية (لأن الجريمة التى ارتكبهـا شخص أجنبى) أو أخذ بمبدأ العينية (لأن الجريمة ليست من الجرائم التى تهدد مصلحة أساسية للدولة طبقـا لما بينه قانون العقوبات فى المادة الثالثة) ، هنا تعن الحاجـة الى اعمال مبدأ آخر يمكن بمقتضاه مساءلة الجانى ، الذى قبض عليه فى اقليم الدولة ، بعد أن ثبت ارتكابه جريمة فى الخارج .

شرط هام :

٩١ - على أن شرطا هاما يلزم توافره لاعمال هـــذا المبدأ ، هو أن تكون الجريمة التى ارتكبها مثل هذا الشخص ، من الجرائم التى اصطلح على تسميتها « بالجرائم ضد المجتمع الانسانى » أى ذلك النوع من الجرائم الذى يهدد المجموعة الدولية بأسرها لأنها تعتدى على مصلحة مشتركة لكل الدول ومن بينها - بداهة - الدولة التى قبض على الجانى فى حدود اقليمها .

أهمية هذا المبدأ :

٩٢ - وتظهر هـذه الأهمية فى أن الدولة المتمدينة - فى العصر الحديث - أصبح لزاما عليها أن تساهم فى مكافحة الاجرام الدولى . فثمة عصابات دولية تتكون من مجرمين عتاة يحملون جنسيات شتى ويمتد نشاطهم الى أقاليم دول عدة . من أجل هذا فلابد أن تتعاون الدول أعضاء المجتمع الدولى على مكافحة الجريمة فتتولى كل دولة عقاب المجرم الذى يمر الى اقليمها وذلك دون نظر الى جنسيته أو الاقليم الذى ارتكبت الجريمة فيه ، لأنه بهذا تتحقق للتشريعة الجزائية - بازاء الجريمة والمجرمين - صفة «عالمية» تجعل مكافحة الاجرام أمرا فعالا وأكيدا .

ومن أمثلة هذه الجرائم الدوليـة : القرصنة والاتجار فى الرقيق وتزييف العملة والاتجـار فى المخدرات ونشر المطبوعات المخلة بالحياء والارهاب الدولى .

تطبيق مبدأ العالمية فى القانون المصرى :

٩٣ - لم يواجه المشرع المصرى فى قانون العقوبات حالات الاجرام الدولى والعقاب عليها طبقا لمبدأ العالمية . واذا كانت هناك تشريعات أخرى قد ضمنت قانونها مثل هذا المبدأ (كما فعل القانون اللبنانى فى المادة ٢٣ عقوبات) . إلا أننا نرى أن هنـاك مجالا لتطبيق هذا المبدأ فى القـانون المصرى . فجرائم الارهاب الدولى أو القرصنة فى البحر العام أو المجال الجوى غير الخاضع لسيادة الدولة يمكن أن تشكل « جرائم دولية » تستطيع الدولة - اذا قبضت على مرتكبها - ان تطبق عليها قانونهـا الوطنى حتى ولو كان الجناة أجانب لا يحملون جنسية الدولة ، وحتى لو كان مكان ارتكاب الجريمة مكانا لا يخضع لسيادة أية دولة .

خامسا ـ القيود الواردة على الدعوى الجنائية بالنسبة للجرائم المرتكبة فى الخارج :

تحديد مبدئى :

٩٤ ـ نلاحظ ـ بادئ ذى بدء ـ أن مجال تطبيق هذه القيود يقتصر على الجرائم المرتكبة فى الخارج ، ومن ثم فهو شامل لكل الحالات المنصوص عليها بالمادتين الثانية والثالثة من قانون العقوبات .

ومعنى ذلك أنه اذا كانت الجريمة قد ارتكبت داخل الاقليم المصرى (الأرضى أو البحرى أو الجوى) فلا مجال لهذا التطبيق .

قيدان :

٩٥ ـ نصت المادة الرابعة من قانون العقوبات على أنه : « لا تقام الدعوى العمومية على مرتكب جريمة أو فعل فى الخارج الا من النيابة العمومية . ولا تجوز اقامتها على من يثبت أن المحاكم الأجنبية برأته مما أسند اليه أو انها حكمت عليه نهائيا واستوفى عقوبته » .

ومن هذا النص يتضح أن المشرع أورد قيدين بالنسبة لهذه الجرائم :

الأول : خاص بسلطة تحريك الدعوى العمومية ، فقد حصرها فى يد النيابة العامة .

والثانى : خاص بحظر تحريك هذه الدعوى اذا ثبت أن المحاكم الأجنبية قد أصدرت حكمها بالبراءة أو الادانة على المتهم وأنه استوفى عقوبته .

القيد الأول :

٩٦ ـ الأصل أن النيابة العامة هى القوامة على الدعوى الجنائية وأن لها الحرية فى تحريكها أو حفظها : ولكن قانون الاجراءات الجنائية فى المادتين ٢٣٢ و ٢٣٣ منه ، يعطى للمضرور من الجريمة مثل هذا الحق

بشروط وضوابط معينة ٠

ومع ذلك فقد قرر الشـارع أنه يحسن أن يترك أمر تحريك الدعوى الجنائية للنيابة العمومية وحدها (دون المتضرر فى الأحوال التى يحق له فيها ذلك) بالنسبة للجرائم المرتكبة فى الخارج ٠ وربما قدر المشرع فى ذلك أن الأمر لا يخلو فى هـذه الحالة من صعوبة ودقة ، كمـا أنها قد تخضع لظروف وملابسات خاصة ، يحسن معها أن يترك ملاءمة تقـديرها لسلطة النيابة العامة ٠

القيد الثانى :

٩٧ - إما القيد الثانى فمفاده أنه لا يجوز اقامة الدعوى الجنائية على مرتكب الجريمة فى الخارج اذا كان قد حوكم أمام المحاكم الأجنبية وأصدرت حكما باتا ببراءته أو حكمت بإدانته واستوفى العقوبة ٠

والحكمة فى تقرير هذا القيد ، أنه لا يجوز أن يحـاكم الشخص من أجل فعل واحد مرتين ٠ واذ كان قد حوكم وصدر حكم نهائى فهو عنوان الحقيقة بما قضى فيه ولذا كان من المتعين احترامه ، نزولا على مبدأ قوة الشىء المحكوم فيه ٠

ولهذا القيد صورتان :

الأولى : أن يكون الحكم الصادر من المحاكم الأجنبية قـد قضى ببراءة المتهم ٠

والثانية : أن يكون الحكم قد قضى بادانته واستوفى عقوبته ٠

وفى كلتا الحالتين يتعين أن يكون الحكم باتا ٠ لأن هذا الحكم وحده هو الذى تنقضى به الدعوى الجنائية ٠

والفصل فيمـا اذا كان الحكم يعتبر باتا أو غـير بات وانمـا يكون بالرجوع الى قانون الدولة التى أصدرت الحكم ، والغالب أن معظم التشريعات

تعتبر الحكم « باتا » اذا لم يكن من الجائز الطعن فيه بطريق عادى أو غير عادى ، ما عدا التماس اعادة النظر .

على أن المقصود بالحكم الصادر بالبراءة او الادانة ، الحكم الذى فصل فى موضوع الدعوى ، فاذا كان سابقا على الفصل فى الموضوع أو كان قاضيا بعدم قبولها لرفعها من غير ذى صفة أو انقضائها بالتقادم فلا محل لتطبيق هذا القيد .

على أنه يلاحظ — بصدد الحكم الصادر بالادانة — ان مجرد صدور الحكم البات بالادانة لا يكفى فى نظر الشارع المصرى لمنع اعادة محاكمة الجانى ، بل يتطلب — فوق هذا — أن يكون المحكوم عليه قد استوفى العقوبة المحكوم بها . وذلك كله خوفا من أن يكون المحكوم عليه قد فر — بعد صدور الحكم وقبل استيفاء العقوبة . فلا يكون هناك معنى لحمايته ومنع محاكمته ، اذ يكون الاقليم ملجأ للمجرمين الفارين من العقاب .

ويلاحظ أخيرا ، أن القيود المانعة من تحريك الدعوى العمومية تنحصر فى حدود الأحكام الصادرة بالبراءة أو الادانة المتبوعة بتنفيذ العقوبة . ومعنى ذلك أنه يستبعد ما عدا ذلك من أسباب لانقضاء الدعوى (كالتقادم أو العفو الشامل) أو أسباب لانقضاء العقوبة (كتقادم العقوبة أو العفو عن العقوبة) .

الباب الثانى

مشكلة المنهج فى قانون العقوبات

للدكتور جلال ثروت
أستاذ القانون الجنائى المساعد بكلية الحقوق

(المنهج فى تفسير قواعد النظام القانونى الجنائى)

مقدمة :

١ — ربما لا توجد سمة تميز الفقه القانونى مثل سمه «المعارضة» . حتى اننا اذا شئنا أن نعرف «الفقه» فى كلمة واحدة ، لقلنا «انه فن معارضة الغير فى تفسير القانون» .

ان الفقيه — فى بحثه الدائم عن الحقيقة — لا يفتأ يعارض ويعارض حتى يقنع غيره أو يقتنع هو . والفقيه الفذ هو من استطاع أن يعارض الأوضاع المستقرة من قبل ويحملها فى النهاية على أن تراجع موقفها وأن تتخلى عنه . بيد أن «المعارضة» ليست فى ذاتها هدفاً ، والا انقلبت «جدلا» عقيما يزيد اللجاجة ولكنه لا يغنى الحقيقة فى شىء . ان المعارضة «وسيلة» الفقيه فى البحث عن الحقيقة ، سواء انصرفت الى مذهب فقهى أو حكم قضائى أو نص من نصوص التشريع . بل ان «المعارضة» قد تخرج عن نطاق رأى فقهى أو حكم قضائى أو نص تشريعى ، لتدخل فى نطاق أكثر شمولا وأعمق نظرة وأخطر أثراً : تدخل فى نطاق البحث عن «الأصول الكلية» أو «المبادىء العامة» التى تحرك فلسفة تشريع بأكمله . هنا لا تغدو «المعارضة» مجرد اجتهاد فقهى محدود ، ولكنها تصبح «ثورة» فى مجال الفكر القانونى بأسره . وتاريخ القانون حافل بمثل هذه الثورات . فشيزارى بيكاريا مثلا ، لم يعارض جريمة بذاتها أو عقوبة بذاتها ، كما لم يعارض تفسيراً لنص واحد من نصوص قانون العقوبات أو تطبيقاً لاجراء من اجراءات المحاكمات . وانما عارض «سياسة» التجريم والعقاب والمحاكمة ، السائدة فى عصره بأسرها ، ونادى بفلسفة جديدة لتحديد شرعية الجرائم والعقوبات ، وأبرز أهدافاً انسانية للعقوبة وضمانات جوهرية للمحاكمات . وهو بذلك لم يقف موقف الفقيه

المعارض وحسب بل وقف موقف المفكر الثائر القادر على أن يضع حداً بين عهدين ، وأن يحول الفكر القانونى الى مجرى جديد .

وكذلك كان انريكو فرى . إن « معارضته » لم تكن مجرد اختلاف آراء ولكنها كانت « ثورة » فى فلسفة العقاب بالمعنى الصحيح . لقد نفذ الى أساس المسئولية فى قانون العقوبات كله وأراد أن يقتلعه من جذوره ، أن يضع بدلا منه أساساً جديداً يصور صدق الحقيقة فى نظره : ان أساس المسئولية الجنائية لا يجب أن يكون ذلك الفعل المادى الأصم ، الذى هو الجريمة ، وانما يجب أن يكون ذلك الشخص الذى أوجده ، أى المجرم. وان هدف العقوبة ليس هو الانتقام أو الردع ، وانما هدفها هو الدفاع عن المجتمع . وان العقوبة لا يجب أن ترتبط بحرية الانسان وارادته للصواب أو الخطأ ، وانما يجب أن تتبع قدر الخطورة الاجرامية لدى الانسان . ذلك أن حرية الانسان واختياره ليست الا وهماً يستنيم للغيبيات أكثر مما ينزل على حقائق الأشياء . ومن أجل هذا فن الأفضل أن نعترف بالواقع وأن نقرر جبرية سلوك الانسان .

ولقد أحدث هذا الفكر أثره ، وقلب موازين القوى . وأصبح تقدير الفعل منوطاً بخطورة الفاعل لا بجسامة الخطأ . وأصبحت «الأهلية» لدى الجانى «أهلية عقاب» أكثر مما هى «أهلية للمسئولية» . وبرزت — فى نظرية الجزاء — أهمية اتخاذ تدابير وقائية الى جانب أهمية توقيع العقوبة . وتكونت فى ايطاليا — من تلاميذ فري وأتباعه — مدرسة واقعية حملت لواء الزعامة للعلم الجنائى فى العالم كله ، وعهد الى فرى بأن يضع مشروعاً جديداً لقانون العقوبات يتضمن تقنيناً لأفكار المدرسة الوضعية الايطالية .

على أن المدرسة الوضعية لم تسلم من « معارضة » حادة جادة . وأخذت بذور هذه المعارضة تنمو وتنمو حتى قام الأستاذ أرتورورو كو «بثورة مضادة» فاستخلص القانون الايطالى من قبضة المدرسة الوضعية ووضع مشروعاً جديداً (هو القانون الايطالى المطبق الآن) لا ينكر أفكار المدرسة الوضعية كلها وانما على العكس يحتفل بالكثير منها وينزلها فى نصوصه منزل الزام .

لكنه يختلف معها فى شىء أساسى هام : هو أنه لا يعترف بأى أساس من أسس المسئولية أو العقاب الا من خلال « القاعدة الجنائية » وحدها . فهذه القاعدة هى الوعاء الذى يصب فيه المشرع أفكاره ، وما على الفقيه أو القاضى الا أن يلتزم — فى التفسير — حدودها ، والا أضاف الى مضمون القاعدة أفكاره الخاصة وجردها بذلك من أهم صفاتها وهى صفة الالزام .

وهذا المذهب ، برغم أنه يسلم بكثير من النتائج التى توصلت اليها المدرسة الواقعية ، الا أنه مذهب — فى حد ذاته — أصيل . فهو لا يكتفى بالحقائق الواقعية ، ثمرة العلوم الحديثة ، التى يستخدمها المشرع أحياناً فى صوغ أفكاره ، وانما يهتم أساساً بمراحل تكوين القاعدة القانونية وتفسيرها وتطبيقها تمهيداً لتحديد الوظيفة التى يضطلع بها التشريع والفقه والقضاء . واذا كان فضل المدرسة الواقعية كبيراً فى أنه كشف عن مناطق مجهولة لم يكن «المشرع» يرتادها من قبل، فان الفضل الأكبر — لهذه المدرسة الجديدة — انها كشفت «للفقيه» عن المناطق المجهولة من حياة القاعدة القانونية — الجنائية ذاتها . وبهذا لم تجعل مهمة التفسير مهمة «علمية» بحتة بمعنى أنها تجريبية شأن العلوم الطبيعية أو الميدانية ، وانما مهمة «علمية — قانونية» .

٢ — هكذا وقعت فى تاريخ المسئولية الجنائية «ثورات» كبرى ثلاثة أحدثت فى الفكر الجنائى تطوراً عميقاً . ولم يقتصر أثرها على قلب تشريعات وانشاء تشريعات أخرى ، وانما أثرها الفذ فى أنها حفرت أخدوداً عميقاً بين أفكار الفقهاء والمشرعين . ذلك ان «معارضة» الفقيه للفقيه لم تعد قاصرة على تفسير نص من النصوص ، وانما شملت نظرية التفسير ذاتها . وبعد أن كانت فكرة «التفسير الضيق» مبدأ يهيمن على أفكار الفقهاء التقليديين ، تحرر الفقه من التضييق المفرط فى التفسير ، وانقلبت على أعقابها فكرة «كمال التشريع» لكى تحل محلها فكرة أن النقص والفراغ هو سمة كل تشريع (١)

(١) راجع Antolisei, Per un indirizzo realistico nella scienza del diritte penale, in Scritti di diritto penale, 1955, pag. 27.

أكثر من هذا فان الفقهاء الوضعيين نادوا بأن التفسير «العلمى» لقانون العقوبات ، ذلك الذى يحقق هدف القانون الأخير فى الدفاع عن المجتمع ، لا يسلم بالنقص أو الفراغ فى قواعد العقوبات وحسب ، وانما يتطلب المغايرة فى تفسير النص الواحد بين مجرم ومجرم آخر تبعاً للحالة الاجرامية الخطرة التى عليها كل منهما . وفى هذا الموطن بالذات يتبلور الخلاف بين أنصار المدرسة الوضعية وأنصار المذهب «القانونى - العلمى» ، بل وتظهر - من خلال هذا الخلاف الحاد - معالم «شكلة «المنهج» فى وضوح تام .

٣ - ولابد أن نعترف بأن احساسنا بمشكلة «المنهج» وأهمية الدور الذى يمكن أن يؤديه فى تكوين القاعدة أو تفسيرها ، لم يلح علينا إلحاحاً مستديماً الا من خلال عملية التدريس ، وبالذات من خلال دراسة «القسم الخاص» من قانون العقوبات . لقد ظهر لنا بجلاء أنه لا يكفى لتكوين رأى مستقل ، أن «نعارض» رأياً آخر أو ننقد حكماً للقضاء أو نقترح تعديلا فى نص من نصوص القانون . فهذا الأسلوب ينتهى بنا الى الغرق فى خضم الفروع والجزئيات وينسينا - رويداً رويداً - المصادر الأولية التى صاغ المشرع منها افكاره ،والأصول الكلية التى تهيمن على فكرة المسئولية والعقاب. أكثر من هذا ، فان هذا الأسلوب فى البحث يوقع من ينحصر عمله فى «التفسير» (وهى مهمة الفقه الأصيلة) يوقعه فى التناقض ، اذ يصدر فى آرائه عن «ملكة» أو «ذوق» أو «احساس» دون أن يلتزم بالأصول الكلية التى تشده الى منهج دون آخر من مناهج التفسير . وهذا الأسلوب هو الذى يجعل آراء الفقيه جزئية (وأحياناً عفوية) تلبى حاجات العمل حالة بحالة وتضع أحجاراً متناثرة هنا وهناك ، لكنها لا تكفى لأن تقيم بناء أو أن تؤسس نظاماً . ونحن نقول ان هذه العيوب تظهر - أكثر ما تظهر - فى دراسة القسم الخاص، لأن طبيعة القسم الخاص ذاتها تساعد على إبرازها وتجسيدها . فهو بحكم تكوينه من مجموعة من الجرائم ، يغرى الفقيه بأن يتناول بالدراسة كل جريمة على حدة . وهو بحكم كونه الجزء «العملى» فى قانون العقوبات ، يزين للمفسر أن يتصيد كل الفروض الممكنة تلبية لحاجات المشتغلين بالتطبيق .

ولأنه أخيراً متميز عن القسم العام، مستقل غالباً بكتاب خاص، يوحي الى الظن (فى الظاهر على الأقل) بأنه منبت الصلة بالأحكام العامة فى قانون العقوبات (١).

٤ — على أن ما تقدم — برغم أنه يضع أسباباً صحيحة للمشكلة — إلا أنه لا يكفى لتصوير مشكلة المنهج فى قانون العقوبات المصرى بالذات .

ففى صدد القانون المصرى — على عكس الحال فى القانون الايطالى مثلا — لا تنحصر مشكلة «المنهج العلمى» فى تغليب أسلوب فنى على أسلوب واقعى ولا فى الانتصار لاتجاه منطقى فى التأصيل على اتجاه عملى فى الشرح والتفسير (٢).

---

(١) ولا نريد بذلك أن نتهم المشتغلين بالفقه الجنائى فى مصر ، لاسيما فى ذلك الجزء المسمى «بالقسم الخاص» . فالحق ان هذه الظاهرة ليست ظاهرة «محلية» خاصة بنا وحدنا وانما هى «ظاهرة عامة» حتى فى بلاد بلغ فيها الفن القانونى شأوا بعيدا ، كألمانيا وايطاليا وفرنسا . ذلك أن أسباب هذه الظاهرة لا ترجع الى الفقيه نفسه بقدر ماترجع الى طبيعة القسم الخاص . ومن أجل هذا نسمع بين الحين والحين صيحة يطلقها واحد من كبار الفقهاء كالأستاذ جرسبينى ينبه فيها الى بعد الشقة بين القسم العام والقسم الخاص ، ويوضح انه بينما تجرى دراسة الأول على أساس «منهج علمى» فان الثانى لازالت دراسته تتبع أسلوب «الشرح على المتون» ، ولن يكسب صفة الدراسة العلمية حقيقة الا اذا تخلص من الوقوف لدى مفردات النصوص أو مفردات الجرائم طبقاً للترتيب التى وردت به فى التقنين ذاته ، لكى تدخل فى عملية بناء «النظم القانونية» istituti giuridici ومن بعدها بناء «المنظمات العامة» sistemi

راجع : Grispigni, Diritto pen. it., II, pag. V.

وفى نفس المعنى أيضا Pisapia, Introduzione alla parte speciale del diritto penale, 1948, pag. 9 e ss.

(٢) ذلك أن هناك حواراً مستمراً — فى الفقهين الايطالى والألمانى — حول قيمة المنهج العلمى وحول النتائج التى يؤدى اليها منطقه فى دراسة قانون العقوبات .

راجع مثلا فى نقد هذا الاتجاه : Antolisei, Per un indirizzo realistico nella scienza del dirittopenale, in Scritti di diritto penale, pag.3e ss.; Delitala, Postilla, in Riv. it dir. pen., 1936, pag. 534; Santoro, Scienza guiridica erealita, in Riv.it. dir.pen 1936; Bettiol, Diritto penale, 1958, pag. 44 e ss.; Maggiore, Diritto penale, I, tomo primo, Pag 48

وفى الدفاع عنه : Petrocelli, I limiti della scienza del diritto penale, in Saggi di diritto penale pag. 4 e ss. ;ID, Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale, in Saggi pag. 394; ID, Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale, op. cit, pag 344 ss; Grispigni, Diritto penale italiano, I, no 4. pag. 8 e segg.

وانما الأمر أخطر من ذلك بكثير . ان القانون الايطالى قد تعاقبت عليه مذاهب فقهية كبرى . وتنازعته مدارس وطرائق شتى . وتقلب المشرع بين اعتناق مبادىء المدرسة التقليدية والمدرسة الواقعية (أو الوضعية) والمدرسة العلمية القانونية . ومن أجل هذا ، فشكلة المنهج هناك تتعلق «بالشكل» أكثر مما تتعلق «بالموضوع»، وتحتدم بالذات فى خصوص القسم الخاص من قانون العقوبات : هل نأخذ بأسلوب الشرح المفرد للقواعد الجنائية قاعدة بعد قاعدة أم نأخذ بأسلوب الشرح الجماعى لطائفة من القواعد تؤلف نظاماً قانونياً متناسقاً ؟ .

أما المشكلة لدينا فأخطر من ذلك وأعمق . إن القانون المصرى المطبق هو ابن شرعى للمذهب التقليدى . وفيه تتمثل كل حسناته وعيوبه . فهو نفسه قانون سنة ١٩٠٤ (مع تعديلات بسيطة لا تذكر) وهو نفسه قانون نابليون الفرنسى . ومن أجل هذا ، كانت مصادره الأولى هى أصول المذهب التقليدى .

على أن الشراح المصريين الذين تصدوا لشرحه قد حافظوا — والحق يقال — على روحه . فنهجوا فى شرحه وتفسيره منهج التقليديين وحافظوا بذلك على طابعه الأصيل فيه . ولقد نظروا دائماً لكل من تصدى لتفسيره على أساس منهج مغاير نظرة ملؤها الريبة والحذر . اذ خشوا أن تتبدل روحه فيختل ميزانه وينحرف تطبيقه .

وربما كانت هذه النظرة «المحافظة» مبررة الى حد كبير ، اذ يتجلى فيها الحرص على تراث القانون كله فى ظل فكر واحد متجانس ، هو الفكر التقليدى. لولا أن هناك الآن قيما شتى قد زالت وأفكاراً كثيرة قد تبدلت ، ولولا أن هناك قيما جديدة قد حلت محلها وأفكاراً أخرى قد أخذت مكانها . وليس من سبيل الى ازالة الأفكار القديمة واحلال القيم الجديدة إلا بتغيير «المنهج» نفسه .

٥ — لكن ماذا نقصد «بالمنهج» ولماذا هو «مشكلة» فى دراسة قانون العقوبات ؟ .

نبادر فنقرر اننا لا نقصد «بالمنهج» ذلك المعنى الذى يطلق عليه فى علم المنطق وحسب ، وانما نزيد عليه «شيئاً» آخر .

فالمقصود بالمنهج — بوجه عام — ذلك الطريق الذى يسلكه العقل الانسانى سعياً الى الحقيقية **adacquatio intellectus et rei** .

وفى علم المنطق هناك اتفاق على أن هناك طريقين أساسين لتكوين «المنهج» : احدهما هو «الاستقراء» **induzione** (وبمقتضاه ننتقل من الحكم على الجزئيات الى المبدأ الكلى) و «القياس» **deduzione** (وبمقتضاه ننزل من المبدأ الكلى لنحكم على الجزئيات) (١) .

أما فى القانون فهذان الطريقان موجودان ويطلق على أولهما «التأصيل» أو «التركيب» (ويسمى أيضاً **metodo sintetico**) وعلى الثانى الاستخلاص أو «التحليل» **metodo analitico** .

ولكن هل المقصود «بالمنهج» فى دراسة القانون — مجرد الاقتصار على عمليات التأصيل والاستخلاص أو التركيب والتحليل وحسب ؟

ليس هذا هو المقصود بداهة . وإلا كان المنهج فى دراسة القانون ليس إلا صورة باردة من قضايا المنطق وأشكاله الصورية .

ان المنهج هنا لأنه يتعلق «بالقانون» فانما يتعلق بشىء اجتماعى ، حى متطور . ومن أجل هذا ، فلا بد أن يكون أسلوبه نابضاً بالحياة المتدفقة من القاعدة القانونية . ولا يكفى الفقيه أن يعمل طرائق المنطق الفنية فى التأصيل

---

(١) راجع **G. Del Vecchio, Lezioni di folosofia del diritto, 1952, pag. 12.**

(٢) راجع **R.A· Frosali, Sistema di diritto penale, I, pag 21.**

والتحليل لكى يقال انه يتبع «منهجاً» . لابد أن يكون الفقيه ملتزماً «بغاية» فى اعماله لهذا المنطق العقلى . ولابد أن يتناول – من خلال منهجه القانونى هذا – قضايا أساسية فى القانون : ما هو القانون ؟ وما مصدره ؟ وما هى الجريمة ؟ وما وظيفة العقوبة ؟ ومن هو المجرم ؟ وما هى أساس مسئوليته ؟ أسئلة عديدة وعميقة تشكل الاجابة عنها تحديداً للمنهج الذى على الفقيه أن يختاره .

وهكذا يتضح أن المنهج فى دراسة القانون معناه أولا : انه منهج «للفقيه» فهذا الأسلوب فى «الدراسة» انما ينصب على الجانب «النظرى» للقانون ، وهو أساساً عمل الفقيه . ومعناه ثانياً : انه منهج يستمد «أصوله» من مجموعة الأفكار الرئيسية التى تكون «مذهباً» من المذاهب ، يشرح فلسفة المسئولية الجنائية بأسرها . ويعنى ثالثاً : أسلوباً منطقياً علمياً فى تحليل الأفكار وفى تأصيلها .

٦ – لكن لماذا كانت دراسة قانون العقوبات بمقتضى منهج عقلى (أو علمى) مشكلة من المشكلات ؟ .

فى رأينا أنها مشكلة لأننا – فى القانون – لا نستطيع أن نحدد هذا الأسلوب العقلى أو العلمى فى التركيب والتحليل دون الاعتداد بالمذهب الذى نصيغ من أفكاره «مبادىء علمية» يلتزمها الفقيه عند تفسيره القانون .

ولما كانت هذه المذاهب شتى ، فان الأمر يقتضى إذن أن «نختار» بينها.وفى صعوبة الخيار هذه تتمثل «مشكلة «المنهج فى قانون العقوبات .

٧ – هكذا تتحدد أمامنا معالم الطريق . فنحن نريد أن نجيب على سؤال ضخم وخطير :

ما هو الأسلوب الأمثل الذى على «الفقيه» أن يتبعه فى دراسة قانون العقوبات ؟

على هذا السؤال تجيب مدارس ثلاثة اجابات متباينة .

وفى هذه الاجابات تتمثل مناهج رئيسية ثلاثة فى الفقه الجنائى : هى مناهج المدرسة التقليدية والمدرسة الواقعية والمدرسة الفنية — القانونية .

لكنا — قبل أن نعرض لهذه المناهج — نرى لزاماً علينا أن نعرض لمراحل حياة القاعدة القانونية (والقاعدة الجنائية فصل منها) لنرى أى مرحلة من هذه المراحل تنصب عليها هذه «الدراسة» وترسم النطاق الذى يظهر فيه «المنهج» الفقهى . فالقاعدة الجنائية تمر بمراحل ثلاثة : الأولى ، مرحلة «التكوين» Formazione وهى المرحلة التى تتحول فيها «الفكرة الاجتماعية» الى فكرة «قانونية» بعد أن بدا ضروريا — فى ضمير الجماعة واحساسها العام — وجوب إضفاء نوع من الحماية القانونية عليها ، وهى الحماية الجنائية . وهذه المرحلة تتطلب نشاطاً «تشريعياً» يتحلل الى لحظتين :

(ا) لحظة الاعداد السياسى — الاجتماعى preparazione politico-sociale

(ب) والاعداد الفنى — التشريعى elaboraziono tecnico - legislativa

واللحظة الأولى تتعلق «بمضمون أو «جوهر» القاعدة الجنائية ، والثانية تتعلق «بشكل» القاعدة أو بالوسائل الفنية من أجل صياغة القاعدة واعطائها قوتها الملزمة فى العمل .

أما المرحلة الثانية فهى مرحلة «العلم» بالقاعدة / فهمها Cognizione فبعد أن تنتظم القاعدة فى سلك النظام القانونى وتدخل فيه بوصفها وحدة ملزمة ، تصبح موضعاً للدراسة والفهم ، وهى ما يطلق عليها عملية «التفسير» Interpretazione وهذه المرحلة لها مظهران :

(ا) مظهر قضائى : ينحصر فى تفسير القاعدة ، بما يكشف عن قصد الشارع من وضعها ، وذلك بهدف معين : هو الوصول بها الى المرحلة الثالثة مرحلة «التطبيق» Attuazioe

(ب) ومظهر فقهى أو علمى : Dommatico وهو يشترك مع الصورة السابقة فى نقطة البداية ، لأن كلا منهما يبدأ بفهم القاعدة والعلم

بمضمونها، أي يبدأ «بتفسيرها» . ولكنهما مع ذلك يختلفان فى الهدف. فالمقصود من فهم القاعدة (أو تفسيرها) الوصول بها الى موضعها الصحيح فى النظام القانونى الذى تنتمى اليه .

والمرحلة الثالثة : هى مرحلة التطبيق Attuazione . فى هذه المرحلة تدخل القاعدة — بعد تفسيرها — نطاق العمل . وهى — بدورها — تتحلل الى لحظتين :

(ا) لحظة التكييف أو المطابقة القضائية momento applicativo

(ب) ولحظة التنفيذ momento esecutivo

فى اللحظة الأولى، يتثبت القضاء من أن الواقعة الخاصة il fatto concreto تطابق النموذج القانونى الوارد بالقاعدة . وفى اللحظة الثانية، يوضع الجزاء الذى حدده القاضى موضع التنفيذ(١) .

٨ — وهكذا يتوزع هذا البحث على مناقشة مناهج الفقه الثلاثة . فنستعرض — على التوالى — منطق المدرسة التقليدية ثم منهج المدرسة الوضعية وأخيراً نعرض لمنهج المدرسة الفنية — القانونية فى دراسة قانون العقوبات .

ثم ننتهى من ذلك الى اختيار المنهج الأمثل فى دراسة قانون العقوبات .

٩- على أن اختيار منهج لتفسير قواعد قانون العقوبات لا تكون له قيمة إلا بإبراز النتائج العملية عند تطبيق القانون الجنائى ، وهذا هو موضوع البحث الثانى .

---

(١) راجع : Petrocelli, I limiti della scienza, op. cit., pag. 14 e 15.

المبحث الأول

المناهج المختلفة فى دراسة قانون العقوبات

أولا) المنهج التقليدى :

٩ — ربما لم تكن هناك حاجة للتعريف بالمنهج التقليدى فى خطوطه العامة ، فمؤلفات النظرية العامة للقانون حافلة به (١) . وانما يعنينا أن نبرز معالم هذا المنهج فى خصوص دراسة قانون العقوبات .

على أن الشائع — فى الدراسات الجنائية — أن المذهب التقليدى يذكر كلما ذكرت العقوبة وعنت الحاجة الى تحديد وظيفتها فى النظام القانونى وأساس حق الدولة فى توقيعها . أما نحن فلا نريد أن ننظر الى المنهج التقليدى من زاوية «العقوبة» . وانما نريد أن نحفل بنظرة المدرسة التقليدية الى «القانون الجنائى» ذاته . فمن هذه الزاوية نستطيع أن نقف على وظيفة «الفقه» dogmatica فى تفسيره للقواعد القانونية وفى تأصيله لها .

والحق أن الاهتمام السائد — فى الدراسات الجنائية والعقابية — بالمنهج التقليدى انما ينصرف الى مرحلة أخيرة من المراحل التى تمر بها القاعدة القانونية فى سلسلة تطورها من فكرة «اجتماعية» بغير الزام الى حقيقة واقعية مكفولة بالجزاء ، وأعنى بها مرحلة التطبيق . واذا شئنا الدقة أيضاً لقلنا انها اللحظة الأخيرة من لحظات التطبيق ، وهى مرحلة «التنفيذ» (٢).

---

(١) راجع عرضاً وافياً لمنهج المدرسة التقليدية فى تكوين القواعد القانونية وفى تفسيرها : حسن كيره ، أصول القانون ، ١٩٦٠ ص ١٠٨ وما بعدها وص ٥١٦ وما بعدها ، وشمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ ص ١٤٤ وما بعدها .

وراجع كذلك

Delogu, La loi pénale et son application, pag. 3 et suiv. ; Roubier, Théorie générale du droit, 1946, pag. 104.

(٢) راجع ما سبق فقرة (٧) .

على أننا لا نقصد بدراسة المنهج التقليدى الوقوف لدى هذه المرحلة ، كما لا نقصد بداهة أن نتصدى لمرحلة «تكوين» القواعد الجنائية ، فتلك مرحلة أدخل فى «السياسة التشريعية» منها فى « التشريع » ذاته ، وانما نحن نقتصر على دراسة تلك المرحلة التى يحفل بها الفقه ويتعلق بها عمله ، وهى أساساً مرحلة «التفسير» .

١٠- ولا يتأتى لنا أن نقف على هذا الدور إلا إذا وقفنا على تصوير المدرسة التقليدية - تصويراً متكاملا - للنظام القانونى بوجه عام والنظام الجنائى بوجه خاص .

ونستطيع أن نقرر - كمبدأ عام - أن المنهج التقليدى قائم على دعامتين أساسيتين : الأولى ، تقضى باندماج فكرة «النظام القانونى» مع فكرة « الدولة » L'etatisme والثانية ، تفرض أن يكون المصدر الوحيد للقواعد القانونية هو «التشريع» Le légalisme . هذان المبدآن الأساسيان يحركان فقه المدرسة التقليدية بأسرها ، ويضربان على القواعد القانونية - فى مراحل تكوينها وتفسيرها وتطبيقها - نطاقها المرسوم .

أكثر من هذا ، فنحن لا يمكن أن نتعرف على المنهج التقليدى حقيقة إلا من خلال اعتناق المفسر لهذين المبدأين . وليست العبرة - فى ثبوت هذا المنهج - هى بكونه منهجاً «قديماً» ، وانما العبرة هى بكونه قائماً على هذين المبدأين : مبدأ استناد النظام القانونى الى «الدولة» وصدوره عن «التشريع»(١).

---

(١) برزت خصيصة «اقتصار مصادر القانون على التشريع وحده» مع ظهور حركة التقنين الكبرى فى فرنسا فى أوائل القرن التاسع عشر . وحينما وضع التقنين المدنى الفرنسى سنة ١٨٠٤ بدا للفقهاء أن القانون قد استوعب كل شىء وأنه من الشمول والاحاطة بحيث لم تعد هناك حاجة الى مصادر أخرى غيره . ولذا كان من واجب المفسر فقيها كان أو قاضياً ، ألا يجاوزه أو يخرج من نطاقه . فالتفسير يجب أن «يلتزم النص» وعملية التفسير ليست الا عملية «شرح على المتون» . ومتى صدر التشريع فقد «اكتمل» القانون وليس من اختصاص المفسر أن يتممه من جديد. من أجل هذا لم يكن غريباً أن يصرح أحد الفقهاء بقوله : «أنا لا أعرف القانون المدنى ، وانما أعرف فقط قانون نابليون». أما الخصيصة الثانية ، وأعنى أن القاعدة القانونية لاتصدر إلا من نظام =

ولقد كان لانصار المدرسة التقليدية العذر فى تصورهم النظام القانونى مندمجاً فى الدولة وفى اعتبارهم «التشريع» المصدر الوحيد لتكوين القواعد القانونية . ذلك أن القاعدة القانونية — فى الفكر السائد إذ ذاك — يجب أن تكون موافقة لمقتضى «العقل» ، لأن من أهم صفاتها أن تكون مطابقة لقانون أعلى ، عادل ثابت خالد لا يتغير بتغير الزمان أو المكان ، هو ما اصطلح على تسميته «بالقانون الطبيعى» (١).

فاذا كان المثل الأعلى للقاعدة القانونية هو فى توافقها مع قواعد العدل كما يلهمنا إياها قانون العقل الخالد أو القانون الطبيعى ، أفليس طبيعياً أن يتطلب التقليديون أن تكون القاعدة القانونية — على الأقل — صادرة عن «الدولة» بواسطة «التشريع» ؟ بل ان هذا التصور ليفسر لنا سر القداسة التى أضفتها المدرسة التقليدية على التشريع ، قداسة لم تشمل ألفاظ النص وحده وإنما شملت الترتيب الذى وردت به النصوص فى صلب القانون (٢) .

= قانونى واحد ، هو «الدولة» ، فقد عبر عنها اهرنج Ihering خير تعبير حين عرف القانون بأنه «الشكل الذى تضمن به الدولة — بواسطة قوة الاجبار التى تملكها — تأمين الشرائط الأساسية للحياة فى المجتمع» .

"Toute norme garantie et efficace à l'intérieure d'un milieu social donné". Ihering, Allg. Staatslehre, 2 edit., pag. 20 55. (cité par Delogu, op. cit., pag. 3); Roubier, op. cit. pag. 43, 58.

ولقد ظل أهرنج يدافع عن فكرته السابقة فى الشطر الأكبر من حياته حتى اعترف فى أواخر عمره بوجود نظم أخرى غير الدولة ممكن أن تصدر عنها «القاعدة القانونية» ، ولهذا عرف القاعدة القانونية بأنها «كل قاعدة موضع حماية ونفاذ فى وسط اجتماعى معين» .

(١) وجدت هذه الفكرة أول ما وجدت لدى الفقيه الهولندى جروشيوس Grotius فقد كان له الفضل فى ابراء القانون الطبيعى مما اسبغته عليه الكنيسة فى القرون الوسطى من طابع دينى ، وفى توجيهه القوانين الوضعية وجهة العدل . وبهذا كان أول من أقام العلاقات الدولية على أساس العدل فى الحرب والسلم على السواء . ولديه أن القانون الطبيعى هو مجموعة من القواعد يستخلصها العقل ليبين العدل ويفرقه من الظلم . ومن هنا كانت صفته فى الوحدة والثبات والخلود فلا يتغير بتغير الزمان أو المكان .

راجع : Roubier, op. cit. no 12 pag. 104.

(٢) راجع ، حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٥١٧ .

ومن أجل هذا ، كان التفسير الفقهى أو القضائى محدوداً : يدور مع النص ويلتزم — من خلال الألفاظ — معناه . لأن التشريع شىء مقدس ، ينبثق من مصدر خالد ، فصفته الأولى هى «الكمال» (١) .

١١— ولقد ظلت هذه المبادىء مسيطرة على الفقه الجنائى (٢) ، حتى بعد أن غزت أفكار المدارس الجديدة ميادين القوانين الأخرى ، لا سيما ميدان القانون الخاص . ولعل السبب فى ذلك هيمنة مبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » على قانون العقوبات ، مما جعل التسليم بخصيصتى «الشرعية» Légalisme و «الوضعية» Etatisme فى النظام القانونى أمراً مقبولا فى خصوص القواعد الجنائية بالذات (٣) .

على أن ما يهمنا الخلاص اليه هو النتائج التى ترتبت على سيطرة هذين المبدأين والتى تحدد لنا بوضوح معالم المنهج التقليدى فى قانون العقوبات .

---

(١) راجع :

Delogu, op. cit., pag 4; Roubier, op. cit. pag. 58; D.Donati, Il problema delle lacune dell' ordinamento giuridico, 1910, pag 95. e ss,

(٢) هكذا نقرأ للأستاذ كرارا قوله : «ان القانون الجنائى يتكون من مجموعة قواعد مطلقة تصلح نظاماً للانسانية جماء ، لأنها تطابق ارادة الخالق. وان أحكام هذا القانون لا تستخلص من قول انسان بل تستخلص من منطق العقل الخالد . وهكذا فان علم القانون الجنائى الذى علينا أن ندرسه يستمد أحكامه من أصلح القواعد فى مختلف القوانين الانسانية وتتطابق حلوله مع الحقائق الثابتة فى ذلك القانون الأزلى الذى يكشفه لنا العقل» .

راجع :

F. Carrara, Programma del corso di diritto criminale, Lucca, 1867, I, Prolegomeni, pag. 25.

هذا التصور «المثالى» لقواعد القانون الجنائى ، من حيث ضرورة اتفاقها مع أحكام العقل ، نصادفه أيضاً لدى الأستاذ بسينا عندما يتكلم من «قانون جنائى أعلى سائد فى جميع الأزمان وصالح لكل مكان» أو عندما يقرر أن : «العدل فى القانون الجنائى انما يستوحى من نظم خالدة ، ثابتة لا تتغير» .

راجع : **Pessina, Elementi di diritto penale, Napoli, 1882, I, pag. 7.**

(٣) راجع : **Roubier, op. cit., pag. 58**

فالمبدأ الأول ، يؤدى الى التسليم تسليما مطلقاً «بكمال القانون» ومن ثم فلا يسمح بالقول بوجود أدنى نقص أو «فراغ» lacune يمكن ملؤه بواسطة عمليات التفسير .

والمبدأ الثانى ، لا يرى نظاماً قانونياً آخر غير النظام المنبثق عن الدولة(١) .

ولقد كانت النتيجة المنطقية لكل هذا ، أن المفسر أصبح محصوراً فى نطاق محدود يطبق عليه من كل جانب . هو نطاق «التفسير الضيق» لقانون العقوبات بما يفرضه من حظر للقياس — فى المسائل الجنائية — بوجه العموم ، وما يتطلبه من تعرف «قصد المشرع» عن طريق السعى الى هذا القصد عند وضع القانون لاعند تطبيقه ، وما يجر اليه ذلك حتما من شيوع «الافتراض»(٢).

ونحن بداهة لانعرض «للاتجاه العام» فى الفقه التقليدى مستمداً من مراحل تطوره كلها . بل نحن نعرض لهذا الاتجاه فى آخر مراحل تطوره . فليس من شك فى أن التشريع كان — فى مبدأ ظهور المذهب التقليدى — شيئاً مقدساً . وكان شيزارى بيكاريا لا يسمح للفقه حتى بأن يصوغ «تعريفاً» لفكرة من الأفكار ، وانما على المشرع نفسه أن يصوغ مثل هذه التعريفات(٣) .

تقدير المنهج التقليدى :

١٢— ليس هناك شك فى أن الرواد الأول للمنهج التقليدى كانوا أول من وضع أساس «المنهج العلمى» فى دراسة قانون العقوبات . فإذا كان «المنهج» يقصد به أساساً اعمال وسيلتى المنطق فى «الاستقراء» (بناء أحكام كلية تأسيساً على ظواهر جزئية) و« القياس» (ترتيب نتائج جزئية متفرعة عن مبادىء كلية) ، فاننا نستطيع أن نقرر أن فقهاء المدرسة التقليدية كانوا

---

(١) راجع : Delogu, La loi pénale, op. cit., pag 4.

(٢) راجع : Delogu, La culpabilité, pág. 23 no. 27.

(٣) راجع : Frosali, Sistema, I, pag. 17 e 55.

أول من استخدم هذه الوسائل استخداماً موفقاً ، خاص الفقه الجنائى من الابهام ودفع به الى طريق المنهج العلمى الصحيح (١) .

وان من يتأمل أسلوب كرارا فى دراسة قانون العقوبات الايطالى ليلاحظ الى أى مدى استخدم منهج الاستقراء فى بناء الأحكام العامة . بل إن اختياره — عنواناً لمؤلفه الشهير — اسم «البرنامج» **Programma** ليعكس الى أى مدى كان حرصه على تطبيق «منهج» فى تأصيل المسائل الجنائية . وهو نفسه يشرح لنا ماذا يقصد بالمنهج أو البرنامج : «إن البرنامج عندى لا يعنى مجرد «الكتاب» الذى يشرح القانون الجنائى ، وانما يعنى «المبدأ السياسى» والأسلوب الذى اختاره الكاتب فى تأصيل القوة المحركة لجميع القواعد . وهذا هو الواجب الأول الذى يجب على «العلم» أن يثبته وأن ينميه . فكل هذه المجموعة من القواعد يجب أن ترتفع الى مستوى «حقيقة عليا» . وأن تأخذ صيغة عامة يمكن أن تستخلص منها بعد ذلك جميع القواعد الفرعية . وهذه الصيغة العامة يجب أن تنطوى على بذور الحقيقة . وأستطيع أن أقرر أنى وجدت هذه الصيغة العليا **La formula sacramentale** فى الآتى :

إن الجريمة ليست واقعة مادية ، ولكنها واقعة قانونية **ente giuridico** وبهذه العقيدة المحكمة نستطيع أن نسد الأبواب أمام التطور العفوى للقانون الجنائى وأن نضع أساساً متيناً لنظام منطقى متماسك» (٢) .

---

(١) راجع : **Frosali, op. cit., pag 22.**

(٢) **"Il programma di una scienza non indica nel mio concetto il libro in cui la scienza stessa si espone, ma bensi il principio fondamentale e la formula nella quale l'autore ha sintentizzata la forza motrice di tutti i precetti che la scienza è chiamata a svolgere e a dimostrare. Tutta la immensa tela di régole (proibitive e punitive) deve risalire ad una verità Fondamentale ... Trattavasi di trovare la formula e da qualla dedurre i sinogli precett. Una formula doveva contenere in sè il germe di tutta la verità. Io credetti di aver trovato questa formula sacramentale... e la medesima espressi dicendo: il delitto non è un ente di fatto ma un ente giuridico. Con siffatta proposizione mi parve si schiudessero le porte alla spontanea evoluzione di tutto il diritto criminale per vertù di un ordine logico e impreteribile".**

Programma del corso di diritto criminale, 6e. ed., 1886, I. p. 21.

هذا الحرص فى ايجاد صيغة عامة تعكس «الحقيقة العليا» ، وتضم القواعد القانونية فى «نظام منطقى متماسك» هو فى الدرجة الأولى «منهج علمى» . منهج يعزف عن الارتجال والعفوية فى ازجاء الحلول، ويؤسس نتائجه على مقدمات كبرى هى خلاصة عملية منطقية فى تأصيل الفروع والصعود بها الى رؤوس المبادىء الكلية الشاملة . والفقه الجنائى — فى تطوره المستمر الطويل — لا يستطيع أن ينكر أن الفضل فى ثبات أسلوب البحث العلمى انما يعود الى محاولات الرواد الأول للفقه التقليدى أمثال كرارا فى ايطاليا وفيرباخ فى ألمانيا وأرتولان فى فرنسا .

وبالرغم من أن فكرة «القانون الوضعى» كانت تختلط لديهم بفكرة «القانون الطبيعى» ، فان المنهج العلمى قد حقق أولى مكاسبه بتلك «الصيغة العليا» La formula Sacramentale التى كشف كرارا القناع عنها ، وهى أن الجريمة «ليست واقعة مادية ولكنها واقعة قانونية» non é un ente di fatto, ma un ente giuridico . وبهذه « الصيغة المجردة» استطاع كرارا — والفقه التقليدى من بعده — أن يقيم « نظما قانونية » istituti giuridici ، وأن يحقق — باتباع أسلوب منطقى دقيق — «منهجاً قانونياً» هو المنهج الذى يحب كرارا أن يطلق عليه « المرحلة الحسابية » fase matematico فى علم القانون . وهو يعنى أن دراسة القانون قد تخلصت من الارتجال والغموض، وأن الظواهر الاجرامية هى فى الدرجة الأولى ظواهر قانونية . يجب أن تتخلص من آثار البربرية والقسوة فى العقاب وأن تتحصن — بالمعايير الفنية — ضد عسف الدولة ومبالغتها فى القصاص (١) .

١٣— على أنه بالرغم من كل ما تقدم ، وبرغم أن بذور « المنهج العلمى» قد وجدت — أول ماوجدت — لدى فقهاء المدرسة التقليدية، إلا أن النتائج التى ترتبت على اعمال المنهج التقليدى لم يكن من الممكن التسليم بها ولهذا لم تقو — أمام التطور المستمر لظاهرة الاجرام — على الصمود .

(١) راجع : Frosali, Sistema, op. cit pag. 33.

فبغض النظر عن أن « القانون » لا ترتبط قواعده بذلك المصدر العلوى الغيبى ، منهج العدالة الانسانية كلها ، وهو «القانون الطبيعى» ، بقدر ما ترتبط بالواقع الاجتماعى الانسانى الملموس، وأن هذا الواقع الاجتماعى هو فى الحقيقة مصدر القواعد القانونية والقواعد الجنائية بوجه الخصوص ، فإن المبادىء التى يأخذ بها الفقه التقليدى كمسلمات مطلقة لم يعد من الممكن قبولها أساساً لتفسير القواعد الجنائية، وبعبارة أدق لم يعد من الممكن قبولها «منهجاً» للفقه فى دراسة القانون الجنائى .

على هذا — فبرغم صحة المقدمة التى وضعها كرارا وخطورتها فى بناء نظم قانونية—جنائية ، من أن الجريمة «واقعة قانونية» un ente giuridico إلا أنه لا يمكن التسليم بأنها مجرد «مخالفة للقانون». ان روسى Rossi يقرر «ان الجريمة ، أهم من كونها فعلا ، هى مخالفة للقانون » (١) .
Il reato, meglio che azione, è infrazione.
وكذلك يعيد كرارا Carrara هذه الفكرة ويستخرج منها نتيجتها المنطقية : «لا يمكن تعريف الجريمة بأنها سلوك Azione ، ولكنها مخالفة للقانون Infrazione . ومن أجل هذا لا تغدو الجريمة أكثر من كونها مجرد « رابطة » Un rapporto . وفى هذه الفكرة يتمثل كل ما تقصده بقولنا إن الجريمة واقعة قانونية Un ente giuridico» (٢) .

لكن اذا كانت الجريمة لا تعنى شيئاً أكثر من كونها « مخالفة للقانون » أليس معنى ذلك أنها تقلصت الى مجرد «شكل» أو صيغة» ليس الا ؟ واذا كانت «شكلا» فأين هو المضمون الذى يأخذه هذا الشكل ؟ واذا كانت «صيغة» فأين هى المادة الأولية التى صيغت منها ؟ (٣) .

---

(١) راجع Rossi, Trattato di dir. pen., 1853, II, cap. I.

(٢) أنظر Carrara, Programma, Parte generale, § 34,35.53.

(٣) فى هذا المعنى يقرر الأستاذ الفريدو روكو : « اذا كان القانون شكلا una forma فانه يتطلب « جوهرا » sostanza واذا كان حكماً regola فانه لا يتصور بغير فعل يحكمه un fatto regolato واذا كان تنظيما disciplina لروابط اجتماعية لانه ينظم علاقة بين أفراد proportio hominio ad hominem فانه لا يمكن تصوره إلا مرتبطا بهذه الروابط الاجتماعية».
راجع A. Rocco, Politica e diritto nelle vecchie e nuove concezioni dello Stato, in Nuova Antologia 1931, pag. 364.

إن الجريمة هي مخالفة لقاعدة جنائية حقاً ، ولكنها قبل هذا «ضرر» أو «خطر» اجتماعي . وهذا يعني أنها تنبثق من «فعل» وتصدر عن «فاعل» والاعتداد بهذه الحقائق معناه أن الجريمة ليست شكلا خالصاً ولكنها شكل له مضمون . كذلك فان الاعتداد بالسلوك الضار أو الخطر ليس معناه الاحتفال بواقعه خارجة عن القاعدة metagiuridico وانما معناه الاعتداد بالجوهر الذى جاءت القاعدة الجنائية نفسها لتنظيمه (١) .

١٤- والحقيقة أن تصور «الجريمة» بهذا الأسلوب ، مرتبط بتصور الفقه التقليدى للنظام القانونى كله واندماجه فى «الدولة» من ناحية واستناده الى «التشريع» وحده من ناحية أخرى .

أما اعتبار النظام القانونى .l'ordinamento giur «الأوحد» هو النظام المنبثق عن «الدولة» فسألة لم يعد هناك شك الآن فى عدم صحتها . فثمة أنظمة قانونية أخرى خارجها (كنظام القانون الدولى ونظام القانون الكنسى) ونظم أخرى داخلها (كالنظام القانونى الخاص بالاحزاب والنقابات والجمعيات) (٢) . وهذه الحقيقة تصدق أعظم الصدق فى صدد القانون المصرى . فنظام الامتيازات الأجنبية الذى عرفته البلاد زمناً وزالت آثاره فى عام ١٩٤٩ ، وتطبيق الشريعة الاسلامية جنباً الى جنب مع قواعد القانون الوضعى ، والاستناد الى قواعد أجنبية فى القانون الدولى الخاص بالنظر

---

(١) هكذا نقرأ للأستاذ انتوليزى - فى هذا المعنى - قوله : «ان الواقعة Il fatto التى تضع القاعدة حكمها ، يجب أن تدخل - بجانب العلة - جزءاً لا يتجزأ من القاعدة القانونية نفسها. إن الاعتداد بها لازم لتحديد معنى النص القانونى وتحديد نطاق تطبيقه . فهى اذن ليست عنصراً خارجاً عن النص elemento metagiuridico ولكنها هى المضمون الذى صاغت منه القاعدة مادتها الأولية» .

راجع .Antolisei, Per un indirizzo realistico, op. cit., pag. 29

(٢) راجع تفصيلا لذلك لدى .Delogu, La loi penale, op. cit. pag. 6 e ss

وراجع كذلك

Esmein, La place on droit dans la vie sociale, Introduction à l'étude du droit, 1951, I, pag. 165. Bonnecaise, Introduction à l'étude de droit, 3e edit. pag. 84

الى وجود عدد كبير من الأجانب فى مصر . كل ذلك شواهد حية على «تعدد» الأنظمة القانونية الى جانب النظام الوضعى لقانون الدولة (١) . (٢)

---

(١) آية ذلك أن المادة الأولى من القانون المدنى المصرى «تعدد» مصادر القانون الوضعى وتشير على القاضى بأن يرجع – بعد التشريع – الى العرف ومبادىء الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الطبيعى والعدالة . وهذا التعدد – بالرغم من أنه خاص بالقانون المدنى – ينعكس أثره على القانون الجنائى . ويكفى أن نشير الى المواد ٧ و ٦٠ و ٢٩٢ ، ٢٩٣ من قانون العقوبات لنرى الى أى مدى تتأثر قواعد القانون الجنائى بالشريعة الاسلامية .

وراجع أيضاً ، دلوجو ، المرجع السابق ، ص ٩

(٢) على أن تعدد «الأنظمة القانونية» لا يعنى بحال من الأحوال أن كل نظام منها يعمل على هواه بمعزل عن الأنظمة الأخرى . فالحقيقة ان هناك تناسقاً بين هذه الأنظمة وتأثيراً متبادلا لأحدها على الآخر . وكما أن هناك قوانين تخضع لها الظواهر الفلكية المتناثرة فى الكون ، فكذلك هناك قوانين تجمع هذه الأنظمة المتعددة فى انسجام وتناسق . وفى رأى الأستاذ دلوجو أن القوانين التى تجمع بين الأنظمة المتعددة فى تناسق وتواصل مبدآن : أولهما : مبدأ اطلاق كل نظام فى مجاله الخاص
Principe de l'exclusivité des ordres juridiques.

وثانيهما : ومبدأ تقيد «كل نظام بحدود النظام الآخر» . وهذه القيود :

(أ) إما أن تكون قيوداً «ذاتية» يفرضها النظام على نفسه Principe de l'autolimitation

(ب) وإما أن تكون قيوداً خارجية اذا كان مصدرها نظام قانونى آخر أعلى فى المرتبة .
La subordination hiérarchique d'un ordre juridique à un autre.

ويذكر الأستاذ دلوجو أمثلة لهذه المبادىء والقيود التى ترد عليها . فأما المبدأ الأول ، مبدأ اطلاق كل نظام فى مجاله الخاص ، فهو الأصل ، بمعنى أن تكييف الظواهر انما يتم أصلا طبقاً لقواعد النظام القانونى التى تحكمها لا طبقاً لقواعد نظام قانونى آخر . وأما المبدأ الثانى ، فله صورتان : الأولى صورة «التقييد الذاتى» L' autolimitation ومثالها فى القانون المصرى ، قواعد القانون الدولى الخاص التى تسند الحل فى بعض المسائل الى قواعد نظام قانونى آخر . (راجع المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى ومابعدها) . فبالرغم من أن هذه القواعد جزء من النظام الداخلى الا أنها تفرض على نفسها قيوداً من داخلها ، وهذا لايعنى أن القانون المصرى – فى هذه الأحوال – خاضع للقوانين الأجنبية وانما معناه أن القانون المصرى يفرض قيوداً على نفسه بنفسه .

وأما الصورة الثانية ، صورة «القيود الخارجية» الواردة من نظام قانونى أعلى فمثلها التقليدى نظام الدولة الاتحادية أو الفيدرالية . ففوق أنظمة الولايات التى يتكون منها الاتحاد هناك القانون الأعلى للدولة الاتحادية . واذا حدث تعارض بين قوانين الولايات وقانون الدولة الاتحادية فان الغلبة تكون لقانون الدولة لأنه هو القانون الأعلى . كذلك فان مثل هذه القيود توجد داخل الدولة البسيطة نفسها . فقانون الدولة يعلو على سائر الأنظمة القانونية الداخلية. واذا قام تعارض بين =

١٥ - ونفس الشيء يمكن أن يقال بصدد حصر الفقه التقليدى لمصادر القانون فى مصدر واحد ، هو «التشريع» وما يترتب على ذلك من التسليم «بكمال القانون» واحتوائه لكل ما أراد المشرع قوله . بيد أنه لم يعد هناك شك فى أن «التشريع» لم يعد هو المصدر الوحيد للقانون . وأن القانون المكتوب ليس بالقانون «الكامل» الذى لا يشوبه القصور أو الفراغ .

فالى جانب التشريع ، المصدر الرسمى للقانون ، هناك المصادر الواقعية الأخرى للقانون وفى مقدمتها «العرف» . آية هذا أن القانون المدنى المصرى فى المادة الأولى ، يحيل القاضى - عند تخلف النص - الى «مصادر» أخرى كالعرف والشريعة الاسلامية ومبادىء القانون الطبيعى والعدالة . وبالرغم من أن هذه المادة قد وردت فى صدر القانون المدنى إلا أنها يجب أن تعتبر «قاعدة عامة» لأن النظام القانونى للدولة وحدة عضوية متناسقة لا يعقل أن يعتبر البعض فيه مؤسساً على المصادر الرسمية وحدها والبعض الآخر على مصادر رسمية وواقعية معاً (١) .

بل انه حتى مع التسليم بأن التشريع هو المصدر الأوحد للقانون فلا يمكن التسليم بكماله واستوائه . فما هو التشريع ان لم يكن تعبيراً عن ارادة الجماعة ؟ ومن هو المشرع الذى يستطيع أن يضع تشريعاً كاملا معبراً - فى كل زمان ومكان - عن ارادة هذه الجماعة وعن حاجاتها المتطورة المتحركة أبدا ؟ ثم من هو ذلك «المشرع» ؟ انه ليس «شخصاً» ولا هو مجموعة من الأشخاص. تلك نظرية «شخصية» قد هجرها الفقه منذ أمد بعيد حين ظهر بجلاء أنه ليس هناك «انسان» يعبر التشريع عن فكره وأنه مهما أوتى من الحذق والمهارة ونفاذ البصيرة فلا يمكن أن يحيط بكل الفروض التى خرج التشريع لمواجهتها.

= النظامين فلا جدال فى أن الدولة تملك أن تقضى على النظام الأدنى منها ، بل وأن تعاقب أحياناً المشتركين فيه (راجع المواد ٩٣ ، ٩٤ ، ٩٥ وما بعدها من قانون العقوبات المصرى) .

وراجع أيضاً : دلوجو ، المرجع السابق ، ص ١٧ وما بعدها .

(١) راجع دلوجو ، أسباب الاباحة ، ص. ٤٣ و ١٣٩ .

وأنه لابد أن تكون ثمة نصوص يشوبها قصور أو غموض أو تحتمل أكثر من تأويل . هنا لامناص من التسليم بأن «المشرع» شيء مجرد وانه ليس «شخصاً» بعينه وانما هو «رمز» لإرادة الجماعة التي أودعتها القانون وقصدت به أن يلبي حاجتها وأن يحفظ كيانها (١) .

على أن هذه المقدمات تؤدى أيضاً الى نتيجة ثانية : هى أن الافتراضات والحيل التى هى خصيصة الفقة التقليدى . لابد أن تتهاوى أمام «واقعية» القانون وارتباطه بالحياة فى الجماعة وتعبيره عن المصالح المتغيرة المتطورة مع حركة المجتمع (٢) .

من هنا بدأ الفقه القانونى — والفقه الجنائى معه — يراجع موقفه : إن القانون ليس شيئاً مقدساً . مستلهماً من مصدر علوى خالد . ولكنه حقيقة واقعية جدورها الأصلية فى حياة الناس وتجربتهم اليومية المتكررة . وهدفه ليس فى ان يرضى شعوراً مبهماً بالعدالة ولكن فى أن تحقق لهم أسباب السعادة فى العيش المشترك (٣) .

---

(١) راجع A. Schoenke, Interpretazione, analogia e consuetudine nel diritto penale, in Riv. it. dir. pen,1949, II, no. 5, pag 521.

و كذلك Antolisei, Per un indirizzo, op. cit., pag., 17.

وراجع كذلك نجيب حسنى ، العام ، فقرة ٧٥ ص ٨٧ ؛ ورمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ص ٢٣٤ .

(٢) فالجريمة لها أركان ثلاثة ، ركن مادى وركن معنوى وركن شرعى . فاذا كنا نعلم أن القصد لابد أن يحيط بعناصر الجريمة كلها ، وكان الركن الشرعى لا يتطلب لقيامه أن يحيط به الجانى علماً ، فان الفقه التقليدى وجد مخرجاً فى ذلك «بافتراض» العلم بالقانون . واذا كان الخطأ يقوم على «توقع الجانى للنتيجة أو امكان توقعها» ، فانه اذا وقعت نتيجة ضارة « افترض » الفقه التقليدى من مجرد وقوعها توقع الجانى لها أو امكانه توقعها . واذا كان «القصد الاحتمالى» مبناه «قبول» الجانى للنتيجة وارادته لها ، فان الفقه التقليدى يكتفى فى توافر هذا القبول بافتراض «أن من يريد الفعل يريد كل النتائج المترتبة عليه» . وهكذا تتوالى الأمثلة

(٣) راجع ، دلوجو ، القانون الجنائى وتطبيقه ، ص ٢٧ وما بعدها .

وإن واجب الفقه أن يغير منهجه فيطرح تلك المسلمات أو الغيبيات التي تؤمن بوجود «قانون» علوى ثابت لا يتغير فى الزمان والمكان ، ويؤمن بأن «الجريمة» حدث قانونى بحت يتمثل فى مخالفة نص القانون una mera infrazione (١) وفى أن العقوبة أساسها «الحرية» والاختيار ووظيفتها الردع والمنع العام.

إن واجب الفقه أن يغير هذا كله وأن يطبق على القانون الجنائى أساليب «التجربة» فيصل بين القانون «والواقع» ويربط بين الجريمة و«المجرم» ويتغيا بالعقوبة «الدفاع عن المجتمع» . وهكذا وقعت «الثورة» فى الفكر القانونى ، وحملت المدرسة الواقعية فى ايطاليا اعلامها المميزة .

(ثانيا) المنهج الواقعى (منهج المدرسة الوضعية) :

١٦- والحق أن منهج المدرسة الوضعية فى القانون الجنائى كان صدى لذلك التيار العام الذى ساد نظرية القانون كلها فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر أثر تغلغل الايمان «بالعلم» والتجربة الواقعية . فتسليمات المدرسة التقليدية بوجود مثل أعلى خالد ثابت لا يتغير بتغير الزمان أو المكان إنما هى من قبيل التسليم بالغيبيات التى لا يقوم عليها دليل ولا يسندها واقع من تجربة أو مشاهدة . فأين هو ذلك القانون الأعلى الموافق لمقتضيات العقل والذى يوضع القانون الوضعى امتثالا له وانطباقاً عليه ؟ وأين هو ذلك «العدل المطلق» الذى يتشبث بمعايير مجردة من واقع الانسان وحياته فى الجماعة ؟ ان هذه الاطلاقات المجردة لما تناهض «التفكير العلمى» لأنها لا تستند الى دليل ولا تبدأ من مقدمات يمكن أن توضع موضع الاختبار(٢)

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة ١٢

(٢) راجع DelVecchio, Lezioni difilosofia, op. cit., pag. 103; Frosali. op. cit. pag. 43. وكذلك حسن كيره ، أصول القانون ، ص ١٥١ ، وشمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ، ص ١٧٨ وما بعدها .

من أجل هذا ، فتح الفقه القانونى صدره لاستقبال هواء جديد : إن القانون ليس وحياً من مثل أعلى يتصوره العقل ولكنه نتاج الحاجات الملحة للحياة فى الجماعة . وان صلته بالبيئة التى يوجد فيها هى صلة سبب بمسبب ، ولهذا فان القانون — شأنه شأن اللغة والفن والأخلاق — يأخذ طابع الأمة التى خرج منها (١) . ومن أجل هذا يجب أن تطرح عنه ما تسبغه عليه المدرسة التقليدية من صفات عقلية أو مثالية محضة ، وأن تخضعه لما تخضع له سائر الظواهر الاجتماعية : من بحث وتجريب . وأيا كان الرأى فى أنه نتاج صامت للتطور التاريخى الطويل (كاللغة والفن) فى الجماعة (٢) ، أو فى أنه ثمرة الكفاح بين أصحاب المصالح المتعارضة فى المجتمع(٣)، أو فى كونه ضرورة لازمة لتحقيق «التضامن الاجتماعى» بين الناس (٤) ، أيا كان الرأى فى ذلك كله فثمة حقيقة مشتركة بين هذه الآراء جميعاً : هى أن القانون ليس شيئاً مبهماً يقوم على أصول مفترضة يقبلها العقل دون دليل أو مناقشة ، وانما هو «علم» يحكم السلوك الانسانى فى الجماعة وينبغى أن يتوافر له ما يتوافر للعلوم من احكام وانضباط . ولن يتوافر له ذلك إلا اذا كان قائماً على «منهاج واقعى» لا يعتد إلا بما تسجله «المشاهدة» وتؤازره «التجربة» (٥) .

١٧— وسرعان ما انعكس هذا «المنهج العلمى» الجديد على القانون الجنائى . وفى عبقرية الرائد الأول ، طبق شيزارى لومبروزو C. Lombroso هذا المنهج العلمى — التجريبى metodo induttivo - Sperimentale فى القانون

---

(١) راجع Frosali, op. cit., pag 44; Del Vecchio op. cit. pag. 105; Roubier, op. cit. no. 13 pag. 109.

(٢) تلك هى أساساً نظرية Savigny راجع: Del Vecchio, op. cit. pag. 105.

(٣) وهى نظرية Ihering وتعرف بمذهب الكفاح أو الغاية .

وراجع فى عرض هاتين النظريتين :

Roubier, op. cit., pag. 109, Del Vecchio, op. cit. pag. 105, 106.

وكذلك حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ وما بعدها .

(٤) هذا هو مذهب «التضامن الاجتماعى» الذى اعتنقه ودافع عنه الأستاذ ديجى فى فرنسا . راجع فى ذلك ، حسن كيره ، المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٥) راجع Frosali, op. cit. pag. 44.

الجنائى وكشف منطقة حية مضيئة هى المصدر الفعر للجريمة وأعنى بها منطقة «المجرم» (١) .

ورويداً رويداً أخذ هذا المنهج التجريبى العلمى الجديد يكتمل ، وبفضل كتابات روفائيل جاروفالو أخذ شكله القانونى الجاد (٢) . لكنه لم يصبح منهجاً كاملا لقانون العقوبات يحكم كافة ارجائه ويضع أسسه القانونية فى نظرية الجريمة والعقوبة والمجرم إلا على يد أنريكو فرى ، أستاذ المدرسة الوضعية الايطالية ومشرع فكرها الأول (٣) .

---

(١) يعتبر شيزارى لومبروزو (١٨٣٦ - ١٩٠٩) الرائد الأول للمدرسة الوضعية فى قانون العقوبات . لقد كان استاذاً للطب الشرعى بجامعة بافيا وتورينو وشغل بسلسلة من الأبحاث على المجرمين . وطبق منهج البحث العلمى فى المشاهدة والتجربة على الانسان مرتكب الجريمة . واكتشف أن ثمة علاقة بين الاجرام للموروث والظواهر الخلقية والنفسية للرجل البدائى كما كشف عن الرابطة بين الاجرام والجنون (الموروث والمكتسب) وكذلك بينه وبين الصرع . وقد نشر مجموعة من الأبحاث بين عامى ١٨٧١ و ١٨٧٢ ثم بين عامى ١٨٧٤ و ١٨٧٦ وجمع كل هذه الأبحاث فى مؤلفه الشهير عن «الانسان المجرم»

Trattato antropologico, sperimentale dell'uomo delinquente studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale, e alle discipline carcerarie, Milano 1876 — Torino 1897.

وراجع فى ذلك ، فروزال ، المرجع السابق ، ص ٣٧ .

(٢) كان روفائيل جاروفالو (١٨٥١ - ١٨٣٤) قاضياً . كتب أبحاثاً هامة تكشف عن اصالة الاتجاه الواقعى لديه :

Delle mitigazione delle pene nei reati di sangue (1877) ; Studi recenti sulla penalità (1878); Di un criterio positivo della penalità (1880). Criminoglia 1885, 2ed. 1921.

وقد وضع فى هذه المؤلفات أصول المنهج الواقعى فى دراسة الجريمة والمجرم والعقوبة ، وأكد بالذات فكرة أن «العقوبة» لا يجب أن تستهدف «الردع» أو المنع العام فحسب ، وانما يجب أن تستهدف أيضاً ما يسمى بالمنع الخاص Prevenzione speciale لدى من تثبت لديه الصلاحية لارتكاب الجرائم .

راجع فروزال ، المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٣) أما انريكو فرى (١٨٥٦ - ١٩٢٩) فهو الذى أقام - بعبقرية فنية عالية وتكوين قانونى فذ - بناء المنهج الواقعى فى قانون العقوبات واليه ينسب الفضل فى تثبيت أصوله ونشر تعاليمه

١٨- وتمشيا مع منطق المذاهب الواقعية ، التى أرادت أن تخضع القانون للمشاهدة والتجربة ، أنكرت المدرسة الوضعية حرية الانسان واختياره كأساس للمسئولية الجنائية ، وأخضعت «الجريمة» لما تخضع له الظواهر العلمية من سببية موضوعية ، فردت الجريمة الى «صاحبها» ، وطرحت سؤالا لم يطرحه الفقه من قبل هو : لماذا يرتكب الانسان «الجريمة» ؟

وأجابت على ذلك السؤال «الفلسفى» الخام اجابة «علمية» هى — اذا صح التعبير — خلاصة تجاربها «المعملية» . فالجريمة هى ثمرة مجموعة من العوامل اذا تحققت وقعت حتما . فاذا توافر قدر معين من الظروف الشخصية أو الطبيعية أو الاجتماعية توافر بالضرورة قدر معين من الجرائم لا يمكن أن يرتكب أكثر منه ولا أقل . وهذا ما أسماه فرى بقانون «الكثافة الجنائى» (١)

وهكذا أبدلت المدرسة الوضعية أساس المسئولية الجنائية . فما دامت الجريمة ثمرة عوامل « سببية» لا دخل لارادة الجانى فيها فمن الخطأ اذن أن نعتبر الجانى مسئولا عنها على أساس «الخطأ». لكن انتفاء الخطأ لا يعنى أنه غير مسئول . إنه مسئول تلك المسئولية التى يريدها القانون والتى تتطلب أن يتخذ مع كل شخص ارتكب جريمة «تدبيراً» يحول دون وقوعها منه مرة أخرى (٢) . وفى الحيلولة بين المجرم والجريمة دفاع عن المجتمع وتأمين له من الأضرار والأخطار التى تهدده .

= وكرس حياته للدفاع عن صواب هذا المنهج وأهميته. وفى خلال حياته العلمية (كأستاذ فى جامعات تورينو وبولونيا وسينا وبيزا وروما) كتب مؤلفات أساسية فى شرح منهج المدرسة الوضعية :

La teorica della imputabilità e la negazione del libero arbitrio (Firenze (1878); I nuovi orrizzonti del diritto e della procedura penale (Bologna 1881) ; L' omicidio suicidio (1885, 5e ed. Torins 1925), Socioloigia criminale 1929; L'omicidio nella psicologia psicopatologia criminale (1894, 2ed. Torino 1925); I delinquenti nella arte (1898, 2 ed. 1926); Difese penali e Studi di giurisprudenza (1899, 3 ed. 1925); Studi sulla criminalità ed altri saggi (1901 2 ed, 1926); Progetto preliminare di Codice italiano (Milano 1921) ; principi di diritto Criminale (Torino 1928).

(١) راجع رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ١٩٦٤ ص ١٤٩ .

(٢) راجع رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ وما بعدها .

من أجل هذا فلا يجب التعويل – فى المسئولية –على «الارادة»، لا بوصفها مصدر «الخطأ» ولا باعتبارها أساس الأهلية الجنائية . انما يجب التعويل على شيء آخر . يجب التعويل على «الخطورة الاجرامية» لدى الجانى . فهذه هى أساس المسئولية فى القانون الجنائى . والىها يجب أن نتجه لنتوقى آثارها . ومن أجل هذا، تتحقق المسئولية عن الجريمة لدى العاقل والمجنون ، والمميز وعديم التمييز . فهؤلاء جميعاً مصدر خطورة ولابد للمجتمع أن يدافع عن نفسه بازاء أفعالهم الضارة أو الخطرة .

١٩ – هذا الفقه الجديد ، بما ابتدعه من أساس جديد للمسئولية وما فتحه من آفاق جديدة فى نظرية الجريمة والعقوبة والمجرم قد أدى الى انقلاب شامل فى منهج البحث فى قانون العقوبات .

فلأن المدرسة الوضعية كشفت أهمية العوامل التاريخية والواقعية فى تكوين القانون فإنها نبذت تماماً فكرة القانون الطبيعى، وسخرت من القواعد الثابتة الخالدة التى يتألف منها . ونادت بأن القانون هو نتاج المجتمع الذى يوجد فيه . ومن هنا كان ضرورياً أن نربط القانون بالواقع الذى صدر عنه وبأن نتصوره لا على أنه انعكاس لمثل أعلى موجود فى مبادىء القانون الطبيعى وانما على أنه تعبير عن الواقع الذى نبع منه وتصوير لحاجات المجتمع القائمة فيه (١) .

بهذا رسمت المدرسة الوضعية خطاً فكرياً جديداً وحولت البحث فى القانون وجهة منهج جديد : هو المنهج العلمى – التجريبى Il metodo induttivo - sperimentale ولفرط تأثره بمنهج البحث فى العلوم الطبيعية لم يتحرج الأستاذ فرى Ferri من أن يسميه «بمنهج جاليليو» وهو المنهج الذى أدى الى نتائج باهرة فى العلوم الطبيعية والحيوية والطبية وأخيراً فى العلوم الانسانية والاجتماعية (٢) .

---

(١) راجع Prosali, Sistema penale., op. cit., pag. 43 e ss.

(٢) راجع فروزالى ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

أما المدرسة الوضعية فقد نقلت هذا المنهج إلى ميدان الجريمة والعقاب . ورأت أن اتباع أسلوب البحث العلمى يقتضى منها أن تتمسك بطريقين من طرق الاستنتاج العقلي هما الاستقراء والقياس L'induzione e la deduzione وكلاهما لازم فى بناء منهج علمى يبدأ من مقدمات ثابتة ليؤدى إلى نتائج أكيدة. أما القياس Deduzione فتظهر أهميته العلمية كلما كان أساس البحث فيه «مبدأ عاماً» قد أثبتت الملاحظة صدقه وثباته لانه الخلاصة فى عديد من الظواهر الجزئية المتشابهة .

وأما الاستقراء Iuduzione فانه يؤدى إلى نتائج أكيدة كلما كان «كاملا» Compiuta. والمقصود بكونه «كاملا» أن يكون قد اعتمد — فى صعوده إلى المبدأ العام — على «كل» الظواهر اللازمة لتكوين هذا الأصل الكلى أو المبدأ العام (١) .

لكن ذلك وحده لايكفى لتحديد معالم المنهج الخاص بالمدرسة الوضعية. فلابد أن تكون هذه الطرائق المنطقية مؤسسة على «التجربة» ، أى طرائق «تجريبية» sperimentale فذلك هو الذى يجعل الاستخلاص المنطقى (بالاستقراء أو بالقياس) بهذه الصورة منهجاً «علمياً» أكيداً (٢).

وليس المقصود بذلك أن تكون هذه التجارب مادية أو طبيعية in senso fisico وحسب ، وانما يصح أن تكون التجربة مستمدة من عناصر مجاوزة

(١) فروزالى ، المرجع السابق ، المكان السابق .

(٢) من أجل هذا يطالب الأستاذ جرسبينى بأن يطلق على منهج المدرسة الوضعية — بدلا من المنهج «الواقعى» — اسماً جديداً يكشف بجدارة عن وسائله وغاياته . فهو يقترح أن نسميه بالمنهج (أو المذهب) «الفنى — العلمى» Indirizzo tecnico — scientifico فهو منهج «علمى» scientifico لأنه — خلافاً لغيره من المناهج — لا يستند الى مقدمات فلسفية وانما مؤسس على نتائج البحث العلمى . وهو منهج «فنى» tecnico لأنه يبين أن وظيفة القانون الجنائى هى فى تحقيق حماية المجتمع وليست فى تحقيق غايات أخلاقية أو دينية ، بتوقيع جزاء يتصور البعض انه يردع المجرم من الخطأ الذى تردى فيه بحريته واختياره .

راجع Grispigni, op. cit., I, pag. IX

للطبيعة metafisici أو من محض أفكار concetti وبعبارة أخرى ، يصح أن تكون مستمدة من عناصر قانونية (١)

٢٠ — والحق إن منهج المدرسة الوضعية لا يكتمل ببيان الطرائق الفنية أو العقلية . ذلك أسلوب أو «وسيلة» علمية بحته ، أما «غاية» هذه الوسيلة ، والهدف من إعمالها فلا يتضح إلا إذا عرضنا لتصوير «القانون» Il Diritto و «الجريمة» Il Reato فى فقه المدرسة الوضعية .

أما «القانون» فقد خرجت المدرسة الوضعية بتصوير له يتفق مع ذلك المنهج العلمى — التجريبى الذى حملت لواءه ودافعت عنه «المدرسة التاريخية» .

فالقانون ليس انعكاساً لأفكار مبهمة (كالايمان) أو تطابقاً مع مثل أعلى (كالعدل) تغوص فيه الفلسفة ، وإنما القانون ظاهرة اجتماعية — شأن الظواهر الاجتماعية الأخرى (كاللغة والفن والعادات) — يعكس حقائق اجتماعية ولا يرتد — فى جوهره — إلى شىء آخر غير المصادر الواقعية (٢) .

وأما «الجريمة» فهى حقيقة واقعية un ente di fatto. هى ظاهرة طبيعية واجتماعية un fenemono naturale e sociale تتفق مع تصوير المدرسة الوضعية للقانون وتجردها من تلك الأفكار الغيبية المبهمة التى هى طابع المدرسة المثالية أو التقليدية (٣) . وهكذا فاذا كان الفقه التقليدى يعتبر الجريمة «مجرد» ظاهرة قانونية مجردة un ente giuridico estratto (٤) فان الفقه الواقعى

---

(١) راجع Frosali, op. cit. pag. 43.

(٢) راجع Frosali, op. cit. pag. 44.

(٣) راجع Frosali, op. cit. loc. cit.

(٤) فالأستاذ كرارا يؤكد بأنه وفق قانون العقوبات ، اذا كان القاضى مختصاً بتقدير «الفعل» ، فانه غير مختص بتقييم «الانسان» ، فأن فعل ذلك تجاوز حدود اختصاصه» .

راجع : Carrara, Programma, Parte generale, § 737.

للمدرسة الوضعية يعتبرها أساساً ظاهرة واقعية ونتاجاً للمجتمع الذى وجدت فيه (١).

على أن الفقه الوضعى – ازاء النقد الذى وجه إلى التصوير الواقعى للقانون والجريمة – أراد أن يتحفظ ، فقرر بأن الجريمة ليست مجرد حقيقة واقعية ولكنها أيضاً ظاهرة قانونية (٢) . وكل وجه من هذين الوجهين مكمل للآخر (٣) فالتصوير الواقعى للجريمة لا يريد أن يقتصر على الجانب القانونى وحسب وأن يعتبر الجريمة – كما كان يعتبرها الفقه التقليدى – مجرد «مخالفة لنص القانون» Infrazione della norma giuridica وإنما يريد أن يعطى لها «مضموناً» Contenuto بيد أن مضمون الجريمة لا يتمثل فى تلك المبادىء المثالية التى تتجاوز النظام القانونى وتخرج عن نطاقه metalegale وانما ينبثق هذا المضمون من داخل القانون الوضعى diritto positivo . وهكذا لا تعد الجريمة مجرد «مخالفة قانونية» وانما هى أولا « فعل انسانى » un azione وهذا الفعل الانسانى يجب أن نتعقبه فى كافة عناصره العضوية والنفسية والاجتماعية فبذلك تصبح دراسة الجريمة أجدى وأشمل وأعمق (٤) .

---

(١) راجع .Frosali, op. cit. pag. 44

(٢) وفى هذا المعنى كتب الأستاذ فرى «أنا لا أريد أن أقول ان الفقه الذى اقتصر على دراسة الجريمة بوصفها «ظاهرة قانونية» كان عبثاً .. وانما أريد فقط أن أقول : ان هذه الدراسة «غير كافية» فقبل أن ندرس الجريمة بوصفها فعلا قانونياً ، يجب أن ندرسها بوصفها فعلا طبيعياً واجتماعياً» .

راجع Ferri, Sociologia criminale, 1, 1920, pag. 19

(٣) راجع .Frosali, op. cit., pag. 44

(٤) وفى هذا المعنى يقرر الأستاذ فلوريان – أحد أئمة المدرسة الوضعية فى ايطاليا – أن «الاتجاه الواقعى يتصور هو الآخر الجريمة بوصفها «ظاهرة قانونية» ولا يمكن أن يتصورها بغير ذلك . كل ما هنالك انه لا يجردها من مضمونها الشخصى أو الطبى أو النفسى أو الاجتماعى فبهذا يكون المذهب الواقعى – بالقياس الى الفقه التقليدى – شاملا ، يستوعب دراسة الجريمة فى كافة مظاهرها» .

راجع :

Florian, Parte generale del diritto penale, Milano 1934, no 12 pag. 26.

تقدير منهج المدرسة الوضعية :

٢١ — الآن وبعد أن عرضنا لمنهج المدرسة الوضعية ، ما هو تقديرنا الحقيقى لقيمة هذا المنهج فى قانون العقوبات ؟

لابد من الاعتراف — قبل كل شىء — بأن المدرسة الوضعية قد أحدثت ثورة فى الفكر الجنائى وأمدت دراسة القانون — شكلا وموضوعاً — بثراء وخصوبة (١) .

لقد كان الفضل الأكبر لهذا المنهج الجديد أنه نبذ تسليمات المدرسة التقليدية وأخرج القانون من دائرة الافتراضات والغيبيات إلى دائرة الواقع. كما أنه كشف عن مناطق مضيعة فى نظرية المسئولية الجنائية ، كمنطقة الانسان الذى يرتكب الجريمة . وحدد بوضوح أن هدف العقاب لا يجب أن يشبع شعوراً مثالياً بالعدل بقدر ما يحقق « الدفاع عن المجتمع » الذى أصيب بالضرر أو تهدده الخطر . ولقد كان المنهج الواقعى فى دراسة قانون العقوبات أسلوباً أميناً لخدمة كل هذه الأهداف. فهو أسلوب منطقى — تجريبى . وهو قائم على أساس المشاهدة والتجربة . وبهذا كسبت دراسة القانون خصيصة البحث

---

(١) وفى وصف رائد المدرسة الوضعية الايطالية انريكو فرى يقول الأستاذ ارتورو روكو — بمناسبة خلافته اياه على كرسى الأستاذية بجامعة روما — : «فى العلوم البيلوجية والسيكلوجية ؛ فى العلوم الاجتماعية والفلسفية ، فى القانون والسياسة ، فى النظرية والتطبيق ، فى العلم والتشريع ، فى الفقه والقضاء ، فى المدرسة والمحكمة ، فى الفكر والحياة ، وفى كل مكان ترك انريكو فرى أثره الباقى والعبقرى سيداً للفكر النفسى والاجتماعى والسياسى ، نبعاً دافقا للفلسفة والواقع مزودا باتجاهات فكرية رائدة متميزاً بنزعة واقعية لا نظير لها ، متمتعاً بمقدرة خارقة على الربط والتركيب فى أسلوب شائق لكنه ممتع ، فى تعبير سلس وفكر متدفق ، فى اصالة من قمة الرأس الى أخمص القدم ، فى عزوف عن حل الرأى على عواهنه جاء إنريكو فرى — وهو بعد لا يزال يافعاً — ليقوض من الأساس بناء شامخاً أقامه أئمة المدرسة التقليدية ويعلن — بديلا عنه — مذهباً ثورياً علمياً جديداً هو مذهب المدرسة الجنائية الوضعية» .

راجع

A. Rocco, in Scuola, postiva 1931, I, pag 84, (citato dal Frosali, Sistema, op. cit., pag. 39).

العلمي ، من حيث ابتنائها على مقدمات واقعية تجريبية وانتهائها إلى نتائج أكيدة بواسطة اعمال طرائق المنطق وبالذات طريقى الاستقراء والقياس .

٢٢ — لكننا مع هذا لا نسلم بفقه المدرسة الواقعية على اطلاقه ، ولانعتبر المنهج الذى قدمته — فى دراسة قانون العقوبات — منهجا مقبولا حتى النهاية .

إن فضل المدرسة الوضعية الأكبر — فى تصويرها للقانون — أنها انحازت لذلك التيار الواقعى الذى بدأته المدرسة التاريخية وخرجت به على تسليم المدرسة المثالية بوجود قانون طبيعى علوى يستوحى القانون المطبق أحكامه ويستلهم قواعده . وبهذا أكدت تلك الخصيصة البسيطة الرائعة ، وهى «اجتماعية» القانون وواقعية المصادر التى يتكون منها (١) . لكن التأكيد بأن القانون ثمرة خالصة من ثمار الواقع وأنه نتاج التجربة المحضة للحياة الاجتماعية ، شأن اللغة والفن والعادات ، هو ما ننكره أشد الانكار . ان هذا التأكيد معناه أن القانون وليد عمل طبيعى صامت لا دخل للارادة الانسانية فيه (٢) ، وبهذا لا يكون له إلا شكل واحد هو «العرف» . وكل ماعدا ذلك فلايمكن اعتباره ثمرة الواقع ولا نتاجاً للتجربة التلقائية فى المجتمع ، أى لا يمكن اعتباره «قانوناً» بالمعنى الصحيح . فاذا كنا نعلم أن «التشريع» هو الشكل الغالب للقانون فى المجتمعات الحديثة ، وأنه أحياناً يمتص العرف وحده وأحياناً أخرى يضيف اليه جهد الانسان وفكره فى مجتمعات أخرى . إذا علمنا ذلك لوضح لنا أن فكرة التلقائية أو الواقعية البحته للقانون ليست بالفكرة الصحيحة دائماً (٣)

وهب أننا سلمنا بخصيصة التلقائية فى القانون ، فهل نستطيع أن نسلم بسبب هذه التلقائية ؟ إن المدرسة التاريخية تؤكد أن القانون تعبير عن «الوجدان الجماعى» **Coscienza popolare** فكل مايرتضيه هذا الضمير يخرج طواعية فى شكل

---

(١) راجع **Del Vecchio, Lezioni, op. cit. pag. 126.**

(٢) وراجع حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ وشمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ، صفحة ١٨٤ ، ١٨٥ .

(٣) راجع **Del Vecchio, Lezioni., op. cit., pag. 106.**

قانون . ولكن هل هذا صحيح؟ هل صحيح أن القانون يخرج خروجاً تلقائياً من ضمير الشعب أم الصحيح أن القانون وليد الصراع بين حاجات الناس ومصالحهم ، وأنه – فى النهاية – ثمرة التفوق والغلبة لبعض هذه المصالح على البعض الآخر (١) . إن الوجدان الشعبي أو الجماعي « أو ضمير الجماعة » هذا ليس إلا فكرة مجازية (٢) وهى فكرة « افتراضية » غير صحيحة ، تتناقض – على الأقل – مع مبدأ المدرسة الواقعية وشعارها المقدس : من أنه لانتيجة بدون مقدمات أثبتها التجربة . أننا إذا أردنا أن نعبر عن «الضمير الجماعي» بمنهج «تجريبي» واقعي فيجب أن نسلم بأنه ليس شيئاً آخر غير ضمير كل فرد من أفراد الجماعة . وفى هذه الحالة لايخرج القانون عن طواعيه خروجاً صامتا وانما لابد عندئذ من الصراع بين المصالح المتعارضة للناس . أما إذا أردنا أن نسلم بوجود «الضمير الجماعى » كفكرة جامعة غير محددة تتصل بالمشاعر الطبيعية لدى كل انسان وتطابق العقل والحس الانسانى بلا اختلاف ، فهنا لابد من التسليم بأننا نكون قد خرجنا من نطاق «الواقع» ودخلنا فى نطاق «المثال» ، ومثال «العدل» بالذات (٣) .

وإذا كان الأمر كذلك ، ففيم إذن الزعم بأن القانون ثمرة من ثمار الواقع وتعبير عن التطور الصامت فيه ؟ .

الحقيقة فى رأينا أن المدرسة التاريخية – والمدرسة الوضعية من ورائها – تمثل الطرف الآخر من المبالغة الذى وقعت فيه المدرسة التقليدية أو مدرسة القانون الطبيعى . فبينما رأت المدرسة التقليدية أن القانون وحى يوحى وتطبيق

---

(١) دل فكيو ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ ، وشمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص ١٨٥ .

(٢) يقول الأستاذ دل فيكو ان فكرة «الضمير الجماعى» التى يصدر عنها القانون ليست إلا فكرة غامضة يحوطها الابهام والضباب . هى . – على الأصح – « فكرة رومانتيكية » أو احتيالية لكنها ليست فكرة واقعية » أنظر دل فكيو ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(٣) دل فكيو ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ وشمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ص ١٨٤ .

للمثل الأعلى فى العدل يتضمنه قانون ثابت خالد ، رأت المدرسة التاريخية أن القانون افراز اجتماعى وتعبير عن الواقع بكل حسناته وسوءاته. وبهذا بينما تجرد القانون – فى منطق الأوائل – من مضمونه الواقعى ؛ تجرد – فى منطق الأواخر – من المثال الذى يقاس اليه ويدفع به إلى مراقى التقدم باستمرار(١).

إن فضل المدرسة الوضعية – لامراء – أنها كشفت عن المصادر الواقعية فى القانون وأبرزت لنا «مضمون» القاعدة القانونية . لكن خطأها الأكبر أنها ربطت القانون بعجلة الواقع ولم تر وجها آخر سواه ، بينما الحقيقة أن القانون مزاج من الواقع والمثال . خليط من التجربة والفكر . وليد التطور والارادة ولاغنى لعنصر منها عن الآخر لسبب بدهى غاية فى البداهة : هى أنه يحمل خصائص الانسان الذى ينظم القانون حياته فى المجتمع . والانسان لا يرد إلى المادة وحدها ولا إلى الفكر وحده . وإنما الانسان مزاج رائع منها جميعاً (٢) .

٢٣ – وهكذا يبدأ – مع هذه الخلاصة – خلافنا مع المدرسة الوضعية فى قانون العقوبات . إن خطأ التصوير لأساس المسئولية ولفكرة الجريمة والعقوبة ولقواعد المنهج التجريبى تتفرع على هذا الأصل العام : إن القاعدة القانونية ليست حقيقة واقعية بحته . ولكنها حقيقة واقعية مقومة إلى مثال .

ففكرة المسئولية الجنائية لاينحصر أساسها فى فكر طبيعية أو سلبية بحته تقود الانسان إلى مصيره المحتوم وتجعل أفعاله قدراً مكتوباً عليه . وبهذا يغدو أساس المسئولية هو الحتم والجبرية ، وانما أساس المسئولية هى قى ذلك التوافق

---

(١) فى هذا المعنى يقرر الأستاذ دل فكيو : «اذا أدمجنا الواقع مع المثال فاننا نقضى على كل احتمال التقدم . وفى هذا الموطن بالذات يتركز العيب الأكبر للواقعية التاريخية» .

راجع دل فكيو ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(٢) راجع فى تأييد ذلك ، بأسلوب أو بآخر ، حسن كيره ، المرجع السابق ص ١٦٨ وما بعدها وشمس الذين الوكيل ، المرجع السابق ص ١٧٤ و ١٧٥

الطبيعي بين الظروف المادية والارادة . بين التكوين الخلقي والانتباه: بين طبيعة الانسان كفرد وصفته كمواطن (١) .

وإلا فاذا كان كل انسان مقوداً — بتكوينه وظروفه وبيئته — إلى الخير أو الشر شاء أم أبى ، فأى فائدة ترجى بعد هذا من الخير ذاته أو الشر ؟ ألا تغدو الفضائل والرذائل ذاتها نوعا من «الجبرية القدرية» ويصبح تنظيم السلوك الانساني في المجتمع لغواً لاطائل وراءه ؟ .

والجريمة ، إذا كان صحيحاً أنها ليست محض «مخالفة لنص القانون» Infrazione della norma giuridica لأن ذلك يوقعنا في تصوير شكلي مفرغ من جوهره ، فانه صحيح أيضاً أنها ليست محض سلوك أو فعل انساني un fatto umano لأن ذلك يعزلها عن النظام القانوني الذي يصدر عليها حكمه .

وهكذا ، فكما وقفت المدرسة التقليدية في طرف ، وقفت المدرسة الوضعية في طرف مقابل . وكما أصرت المدرسة الأولى على أن الجريمة «ظاهرة قانونية» مجردة لا شأن للقانون أو القاضي «بالانسان» الذي صدرت عنه (٢) ، أصرت المدرسة الثانية على أن الجريمة ظاهرة طبيعية واجتماعية وأنها نتاج الشخصية التي أتتها (٣) .

---

(١) ففي رفض منطق الجبرية يقرر الأستاذ روكو أنه «يكفي أن تكون لدى الشخص الذي أصدر الفعل المقدرة الارادية حتى تتوافر أهليته للإسناد L'imputabilità فلا يمكن أن نتصور ارادة بدون سبب ، أو ارادة بدون باعث . ولا يعقل أن توجد ارادة من العدم أو ارادة بدون حرية . صحيح أن الارادة هي الأخرى لاتفلت من قانون السببية الذي يحكم كافة الظواهر ، بيد أن هناك فارقاً بين سببية وسببية واتجاه واتجاه آخر . فهناك اتجاه طبيعي آلي يحكم الحركات العضلية للجسم ويدفع اليها . وهناك اتجاه نفسي determinismo psicologico يحرك الارادة طبقاً لأسباب نفسانية وبواعث واعية .

راجع

A. Rocco, Osservazioni alla commissione ministeriale, in lavori preparatori per il codice penale, 1925,

(٢) راجع : Carrara, Programma, parte gen., § 737.

(٣) راجع : Florian, Parte gen., op. cit. no 12 pag. 12 e no. 292 pag. 380.

لكن عندما نتساءل ، وأين موضع هذا الفعل الانسانى أو هذه الظاهرة الواقعية من القاعدة القانونية المجردة ؟ أو ما هى سلطة المفسر (فقها كان أو قضاء) فى دراسة هذه الشخصية الاجرامية أو الاعتداد بالعوامل التى أسهمت فى تكوينها ؟ .

٢٤ — وعندما نتساءل عن ذلك فانما نضع فى الواقع موضع السؤال مشكلة المنهج . ومنهج المدرسة الوضعية فى ذلك هو منهج «تجريبى» أو بعبارة أدق هو منهج « منطقى — تجريبى » induttivo-sperimentale (١) وان شئت فسمه أيضا منهجاً «فنياً — علمياً » tecnico-scientifico (٢) .

وهذا المنهج لا شك يختلف عن المنهج التقليدى أو على الأقل لا يكتفى بدراسة الجريمة من خلال القاعدة. وانما يمد اختصاص المفسر من ورائها ليدرسها — قبل هذا — بوصفها فعلا اجتماعياً صادراً عن انسان معين . فكما يقول الأستاذ فرى : «أنا لا أريد أن أقول ان الفقه الذى يقتصر على دراسة الجريمة بوصفها «ظاهرة قانونية » كان عبثاً .... وانما أريد فقط ان أقول أن هذه الدراسة «غير كافية » لأنه قبل أن ندرس الجريمة بوصفها فعلا قانونياً لابد أن ندرسها بوصفها فعلا طبيعياً واجتماعياً (٣) .

بيد أننا — فى الواقع — نريد أن نفهم : كيف يتأتى للمفسر أن يدرس الجريمة بوصفها « ظاهرة قانونية » وفى الوقت نفسه بوصفها « فعلا طبيعياً واجتماعياً»؟ .

على هذا السؤال يجيب الأستاذ فرى فيقرر بأنه « فى تفسير القانون الجنائى **وبدون أن يعد ذلك اضافة جديدة** للقاعدة القانونية ، ومن أجل تحقيق العدالة الجنائية ، لا يجب أن يركن القاضى إلى الأسلوب المنطقى وانما يجب أن يعمل

---

(١) راجع Frosoli, Sistema, op. cit., no 14 pag. 24.

(٢) راجع Grispigni, Diritto penale italiano, I pag. IX. e pag. 106.

(٣) راجع Ferri, Sociologia criminale I, Torino 1929, no. 4 pag. 19.

منطقة هو ، بمعنى أن يلائم بين حسه وبين العوامل الآتية : العامل الخلقى والاجتماعى للجريمة (طبقاً لما إذا كانت جريمة طبيعية أو شكلية أو جريمة بوليس) — خطورة الجانى — العوامل الاجتماعية وتأثير العادات والتقاليد — الظروف العينية والشخصية للواقعة الجنائية » (١) .

ثم يضيف إلى ما تقدم : «ان على القاضى أن يعطى للقاعدة الجنائية تفسيراً مضيقاً . بمعنى أن تفسيره يجب أن يكون لصالح المتهم إذا كان من الأشخاص غير الخطرين ، ولصالح الجماعة إذا كان الجانى على درجة من الخطورة الاجرامية » (٢).

ثم يصل الأستاذ فرى إلى غاية الوضوح فى شرح المنهج « التجريبى » للمدرسة الوضعية حين يقرر : «فى سبيل أن نحقق العدالة فى تطبيق القانون الجنائى ، لا يجدر بالقاضى أن يحفل بفعل السرقة أو القتل وانما يجب أن يتعلق اهتمامه بشخص مرتكب السرقة أو القتل . وفى كل مرة بشكل مغاير للمرة السابقة عليها . وهكذا ففى التفسير يجب أن نستظهر الجريمة فى شخص المجرم وليس العكس »(٣) .

لكن هل يستطيع القاضى أن يفعل ذلك ؟ هل يستطيع أن يطبق هذا المنهج التجريبى دون أن يخرج عن حدود اختصاصه فى تفسير القانون ؟ ألا يخرج القاضى بهذا الشكل عن نطاق الجريمة بوصفها « ظاهرة قانونية » ولايعتد بها إلا بوصفها فعلا أو سلوكا اجتماعياً خطراً وبهذا يعتد بها اعتداداً ذاتياً منفصلا عن القاعدة التى جرمتها ؟.

ان مبدأ أساسياً فى التفسير يقضى بأنه لايجب أن يحل « القاضى » نفسه محل « المشرع » لأنه بينما يملك هذا الأخير حرية الخلق فى « تكوين »

---

(١) راجع : Ferri, Principi di diritto criminale, pag. 189.

(٢) راجع : Ferri, op. cit., pag. 190.

(٣) راجع : Ferri, op. cit., pag. 69.

القواعد فان القاضى يملك فقط حرية «الكشف» عن قصد المشرع وهو مايتوصل اليه بواسطة عمليات التفسير (١) . وتلك العوامل الخلقية والاجتماعية والظروف المادية والشخصية للواقعة الجنائية، بينما تمد « المشرع »بوسائل علمية وتجريبية هامة فى «تكوين » القواعد الجنائية إلا أنها لاتدخل فى «تفسيرها» إلا إذا رخص المشرع للقاضى صراحة باستخدامها فى وزن العقوبة وتفريدها بحسب المجرمين (٢) .

كذلك فان التمييز بين مجرم خطير pericoloso ومجرم غير خطير ليس أيضا من خصائص هذه المرحلة من مراحل حياة القاعدة الجنائية وأعنى بها مرحلة «التفسير» . فالقتل يظل «قتلا» والسرقة تظل «سرقة» سواء ارتكبها مجرم خطير أو غير خطير . والقاضى فى تكييفه للواقعة المادية لايفعل أكثر من اسباغ الوصف الذى خلعته القاعدة عليها لا الوصف الذى يراه جديراً بفعل الجناة . فاذا أراد **بعد هذا التفسير** أن يميز بين مجرم ومجرم تحقيقاً لتطبيق عادل للقاعدة الجنائية ووزن سليم للجزاء المرصود فيها ، فانه لا يكون ، عندئذ بصدد «تفسير» interpretazione للقاعدة وانما بصدد «تطبيقها» attuazione. أما إذا كان الأستاذ فرى يسوغ للقاضى أن يفرق بين مجرم خطير (فيقرر الواقعة بالنسبة له قتلا) ومجرم غير خطير (فيعتبر الواقعة غير مطابقة لنموذج القتل) أى يسوغ للقاضى أن يقيم الجريمة أو ينفيها بحسب خطورة المجرم أو عدم خطورته ، وذلك عند تفسيره للقاعدة الجنائية الواحدة ، إذاكان يرى ذلك، فإن أحدا لا يتصور عندئذ أن القاضى **لا يضيف جديدا** إلى القاعدة الجنائية محل التفسير .

إن المغايرة — فى رأينا — بين مجرم خطير ومجرم غير خطير تكون بين «تطبيق» للقاعدة على واقعة وتطبيقها على واقعة أخرى . لكن «التفسير»

---

(١) راجع Petrocelli, I limiti della scienza del diritto penale, cit. pag. 13.

(٢) راجع فى تحليل مراحل القاعدة القانونية والفرق بين «تكوين» القواعد Formazione وتفسيرها interpretazione وتطبيقها attuazione ما سبق فقرة (٧)

(وهو يتضمن خلع الأوصاف بالقتل أو السرقة أو غيرها) لا يكون إلا «واحداً». ذلك أن «التفسير» لا يحقق به القاضي رغبته ولا يلائم فيه بين حسه والواقعة المعروضة أمامه، وإنما يفعل فيه شيئاً واحداً: يكشف به عن «قصد المشرع» كما تعبر عنه القاعدة القانونية الآمرة التي هو بصددها. أما الذي يناط بإرادة القاضي ويلائم فيه بين حسه وبين مختلف العوامل الخارجية فهو «تطبيق» القاعدة لا تفسيرها (١).

٢٥ — هذا التداخل في مراحل حياة القاعدة القانونية وجعلها — باسم العدالة الجنائية — نهباً مباحاً لسلطان القاضي، هو الذي يكشف أن المنهج التجريبي للمدرسة الوضعية قد يكون منهجاً واقعياً أو علمياً أو اجتماعياً، أو ما شئت من أسماء، ولكنه ليس «منهجاً قانونياً» بأية حال. فلكي يكون المنهج «قانونياً»، لابد أن تكون غايته «قانونية». ومعنى ذلك أن يستهدف دراسة «التنظيم القانوني» للظاهرة التي هو بصددها. فاذا كنا بصدد «الجريمة» فان دراستها دراسة قانونية يقتضي ألا نواجهها بوصفها ظاهرة اجتماعية أو خلقية أو نفسية وإنما بوصفها «ظاهرة قانونية». وذلك لسبب بسيط وهي أن هذه هي «غاية» العلم القانوني. وليس معنى ذلك أن «المشرع» في تقريره أياها وفي حسن فهمه لدوافعها ومصادرها ليس له أن يستعين بغير ذلك من العلوم. إنه قد يستعين بخلاصة الدراسات المكرسة لها في علم النفس أو الاجتماع أو علم الاجرام أو حتى في الفلسفة. لكن هذه الدراسات جميعاً ليست الا «وسائل» للمشرع، في فهمه إياها وفي حسن تنظيمه لها. وما أن تدخل الواقعة النظام القانوني حتى تنقطع الصلة بين هذه العلوم وبينها، لأن «غاية» كل علم من هذه العلوم — في دراسة الجريمة — غاية مختلفة. واعتداد المفسر — في تقديره للجريمة وفي خلع الوصف القانوني عليها — بهذه العلوم يشكل عندئذ خلطاً بين «الوسائل» التي استخدمها المشرع وبين «غايته» في التنظيم القانوني للجريمة (٢). من هنا لا يجدى ذلك التعديل

---

(١) راجع: Petrocelli, I limiti, op. cit. pag. 21

(٢) راجع: بترو شلي، مقاله السابق، ص ١٧ و ١٨ وراجع كذلك فيما يلي فقرة ٢٨

الذى يلجأ اليه الوضعيون كلما أحسوا بصدق هذه الاعتراضات . فالأستاذ فروزالى عندما يقرر «ان الجريمة هى «ظاهرة واقعية» من وجه وهى من وجه آخر «ظاهرة قانونية» . وكل وجه منهما غير كاف بذاته بل يكمله الوجه الآخر . ذلك أن الفعل Il fatto يمكن أن نعتد به من عدة وجوه ، فيمكن تقييمه بالقياس الى قاعدة دينية ، أو قاعدة خلقية . وعندئذ يوصف بأنه فعل مخالف للدين أو مناف للأخلاق . وبالمثل فبوصفه فعلا انسانياً يمكن أن يوصف بأنه «جريمة» اذا كان هناك قانون يرصد له عقوبه . لكن النظم القانونية هى الأخرى تتقدم بتقدم المدنية والحضارة . وهكذا فتقدم التشريع منوط بتقدم العناصر التى يقدمها له العلم (لا سيما العلوم التجريبية) وذلك حتى نعرف الانسان معرفة أفضل فى البيئة الاجتماعية التى يحيا فيها (١) » .

عندما يقرر الأستاذ فروزالى ذلك فإنما يعترف بأن دراسة الجريمة — على ضوء العلوم التجريبية — تناظر دراستها على ضوء الدين أو الأخلاق . فكما أن تناول الجريمة من زاوية الدين أو الأخلاق يصم الواقعة بأنها مخالفة للدين أو للأخلاق ، فكذلك تناولها من زاوية الواقع الاجتماعى يجعلها فعلا « غير اجتماعى » anti - sociale . لكن هل هذا هو هدف القانون ؟ هل كون الواقعة المادية مخالفة لقواعد الاجتماع أو الأخلاق أو الدين يجعلها «مخالفة للقانون» ؟ بداهة لا . وإجابتنا هذه مبناها أن هدف أو «غاية» كل علم من هذه العلوم — فى دراسته للجريمة — هدف مغاير . فإذا قيل بأن تناول الجريمة من زاوية العلوم التجريبية يؤدى الى تقدم القانون وبالتالى الى تقدم المجتمع ، فإنا نجيب أن هذه الأهداف لا شك جديرة بالتقدير والاعتبار ولكنها ليست بأية حال من اختصاص « المفسر » . ذلك أن المفسر لا يصنع القانون وانما يستظهره . ومن أجل هذا فالاستعانة بهذه العلوم التجريبية انما يتم عند خلق القانون أو تكوينه ، أى يتم بواسطة «المشرع» لا بواسطة

(٢) راجع فروزالى ، المرجع السابق ، ص ٤٤ .

القاضى أو الفقيه (١) . ولكى نكون نحن أيضاً « واقعيين » ، نضرب مثالا من القانون المصرى .

فى القانون المصرى — طبقاً للمادة ٦٢ من قانون العقوبات — تثبت المسئولية كاملة أو تنتفى كلية طبقاً لغياب الجنون أو عاهة العقل أو ثبوتها .

هذه هى «القاعدة القانونية» التى على المفسر أن يلتزم بها وأن يبنى المسئولية الجنائية على أساسها ، إذا أراد أن يظل عمله فى حدود القانون . لكنه إذا نظر الى هذه القاعدة — من زاوية العلوم التجريبية — أى فى ضوء العلوم الطبية وعلم طبائع المجرم ، فلسوف يرى أن ثمة أحوالا أخرى لا ترقى الى مرتبة الجنون أو عاهة العقل . لأنها لاتقضى على قدرة التميز وحرية الارادة تماماً لدى الانسان . وبما أنها كذلك فإن المسئولية الجنائية تتقرر فيها كاملة . ومبدأ «كل شىء أولاشىء» فى اقرار المسئولية الجنائية موقف معيب بلا جدال واذا شئت أيضاً فهو موقف ينم عن جهل بالعلوم الطبية والنفسانية والاجتماعية الحديثة (٢) . فمن الناس من يبلغ مبلغ «التميز أو حرية الارادة» ولكنه لايتساوى مع غيره من الأفراد العاديين . فاذا أردنا أن نعترف بقدرته على التميز والارادة فلا يجب أن نذهب فى هذا الاعتراف الى آخر مداه ، فنقرر له «مسئولية كاملة» شأن الأفراد العاديين سواء بسواء . وانما يجب أن ننزل على حكم العلم والواقع وأن نقرر له نوعاً من «المسئولية المخففة» تبرز الفارق بين قدرته وقدرة الأشخاص العاديين (٣) .

---

(١) من أجل هذا يحاول الأستاذ جرسبينى أن يدفع عن المنهج التجريبى هذا العيب فيقرر : «إن الاحاطة بالعلوم البيولوجية والاجتماعية اللازمة لدراسة القانون الجنائى هى من العناصر الأولية التى تسبق دراسة القانون المطبق ، pressupposti ، ولكنها ليست صميم عملية التفسير فى القانون».

راجع : Grispigni, Diritto pen. it., I, pag. 23.

(٢) راجع نجيب حسنى ، المجرمون الشواذ ، ١٩٦٤ ص ١١ وما بعدها .

(٣) راجع فى التنظيم القانونى السليم لمثل هذه الحالات ، نجيب حسنى المرجع السابق ، صفحة ١٧ وما بعدها .

تلك هى الحقيقة فى ظل العلوم التجريبية الحديثة . ولكنها ليست الحقيقة – بكل أسف – فى القانون المصرى المطبق . فهذا القانون لا يعرف نظام المسئولية المخففة . فاما مسئولية كاملة وأما غياب المسئولية بأسرها .(١) فى مثل هذه الحالة ، ماذا يكون موقف «المفسر» ؟ هل يستطيع أن يعتد بالعلوم التجريبية فيقرر للجانى «مسئولية مخففة» لا هى بالمسئولية الكاملة ولا بانعدام المسئولية ؟ أم يعتد بالقاعدة القانونية التى أمامه فيعتبر مثل هؤلاء الأشخاص أهلا لتحمل المسئولية الجنائية كاملة ؟ .

والاجابة على هذا السؤال واضحة . فالمفسر لا خيار له بين القانون وغيره من العلوم ، حتى ولو كان نص القانون خاطئاً . وطالما أنه يريد أن يلتزم حدود عمله ، فلا يستطيع أن يمد بصره عبر النظام القانونى ويتطلع إلى نظم أخرى تجريبية أو واقعية . ان هذا هو واجب «المشرع».والمفسر لا يستطيع أن يقتعد مكانه إلا إذا أذن له . وفى المثال المتقدم ، يستطيع «القاضى» أن «يستعمل الرأفة» ويطبق المادة (١٧) اذا كانت الواقعة «جناية» . فاذا لم يكن تطبيق نص المادة(١٧) ممكنا فلايستطيع القاضى أن يستعمل هذه الرخصة ويخفف العقاب (٢) .

---

(١) ويفسر هذا القصور فى القانون المصرى بأن هذا القانون منقول عن القانون الفرنسى وهو قانون تحكمه أفكار المدرسة التقليدية من أن المسئولية الجنائية فكرة غير قابلة للتجزئة ، وأنها إما أن توجد كاملة وأما ألا توجد على الأطلاق . والمجرم أحد رجلين : إما مسئول وإما غير مسئول ، وكل من لم يتوافر لديه مانع من المسئولية بشروطه المبينة فى القانون فهو حتماً مسئول

راجع نجيب حسنى ، المرجع السابق ، صفحة ١٢ .

(٢) فى هذا يتفق معنا أيضاً الأستاذ الدكتور نجيب حسنى اذ يقرر أنه «ازاء هذا النقص التشريعى (فى القانون المصرى) لا يكون أمام القاضى الا الأحتكام الى القواعد العامة ، وتقضى القواعد العامة بعقاب المجرم الشاذ ولكنها لا تحظر على القاضى – فى حدود سلطته التقديرية ومستعيناً بالظروف المخففة – أن يهبط بالعقوبة فى حدود القدر الذى انتقصت فيه الارادة . وعلى هذا النحو تكون الظروف المخففة هى السبيل الى اعتراف قضائى بنظرية المسئولية المخففة» .

راجع ، نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ١٣ .

هذه هى حدود التفسير القانونى . الفقيه أو القاضى لا يستطيع أن يتصل بالواقعة إلا من خلال القاعدة . ولا يملك أن ينزل على حكم الواقع إلا عن طريق النظام القانونى . فاذا صده المشرع عن ذلك وأوصد فى وجهه الأبواب فلا يستطيع أن يفعل بعد ذلك شيئاً .

قد يقال إن هذا جموداً أو صدوداً عن منابع الانسان . ولكن ليس هذا هو الجمود . انه الالتزام بغايات العلم القانونى الذى يعمل المفسر فى رحابه . أما الصدود عن منابع الانسان وتطوير القانون بحيث يخدم قضيته ، فهذا هو واجب المشرع وليس واجب الفقيه . وهو مدعو اليه بين الحين والحين . فاذا قعد عن أداء واجبه فلا يملك الفقيه إلا الأسف ، لكنه لا يملك أن يحل محله على أية حال .

فنحن مثلا من المؤمنين بالغاء عقوبة الاعدام . وكل العلوم التجريبية تؤيدنا فى تعزيز هذا الايمان . ولكن هل أملك — لو كنت قاضياً — أن انكص عن الحكم بها اذا كانت القاعدة الجنائية تضعها كعقاب ؟ .

٢٦ — الحق اننا نعتقد أن هذه الاعتراضات لا تخفى على أنصار المدرسة الوضعية . وأمام جديتها لا يملكون الا الاعتراف بأنها «بدهية» فكيف يتصور دراسة الجريمة الا على أنها «ظاهرة قانونية» ؟ (١) .

لكن اذا كانت الجريمة «ظاهرة قانونية» فما هو مكان «العلوم التجريبية» فيها ؟ وما هو المدى الذى يمكن للفقيه أن يعتد بها فى تفسيره للقواعد الجنائية ؟

---

(١) فى هذا يقرر الأستاذ فلوريان : «أن المنهج الواقعى للمدرسة الوضعية لا يمكن أن يتصور الجريمة الا على أنها ظاهرة قانونية ، لكنه لا يفصلها عن المضمون الشخصى والانثروبولوجى والسيكولوجى والاجتماعى . وبهذا الأسلوب الواقعى الجديد تصبح دراسة الجريمة — فى مواجهة المذهب التقليدى — أكثر عمقاً وشمولا » .

راجع :- Florian, Parte generale, op. cit. I, no. 12 pag. 26.

نحن نعتقد أن المدرسة الوضعية قد أدت دورها فى تطور علم القانون . لقد أمدت «المشرع» بوسائل علمية وتجريبية خصبة من واجبه أن يستعين بها وأن يفيد منها . فيفسح المجال للمفسر – من خلال القواعد القانونية دائماً – بأن ينفذ اليها .

لكن دراسة القانون بهذا الشكل لا تكون منهجاً «فنياً – تجريبياً» tecnico-sperimentale – أو «فنياً – علمياً» tecnico-scientifico أى لا تكون منهجاً «واقعياً» . انها تكون منهجاً فنياً – قانونياً tecnico-giuridico «الواقع» فيه يكمن داخل القاعدة ، ويعيش فى مضمونها . وعلى المفسر أن يصل الى هذا الجوهر أو المضمون بكل وسائل الفن القانونى فى الاستقراء والاستخلاص . وبهذا أوصلتنا المدرسة الوضعية الى ذلك «المنهج الثالث» ، منهج المدرسة «الفنية – القانونية» . وكان الوصول اليه – بدونها – أمراً عسيرا .

(ثالثا) المنهج الفنى – القانونى :

٢٧– ولقد بلور الأستاذ أرتورو روكو عيوب المنهج الوضعى فى أمور أساسية ثلاثة :

(أولا) أن الدراسات الواقعية أو التجريبية التى تقدمها لنا المدرسة الوضعية انما تصور «تطور القانون» Evoluzione del dir. pen. ولكنها لاتعكس طبيعةالقانون الجنائى «كما هو قائم» Il diritto penale quale è أى لا تعكسه بوصفه «قانوناً وضعياً» Diritto positivo

(ثانياً) ان المنهج الواقعى للمدرسة الوضعية يرفع الفواصل بين العلم القانونى وغيره من العلوم التجريبية كعلم الاجتماع وعلم النفس الجنائى وعلم طبائع المجرم وكذلك بين القانون والفلسفة والتشريع وسياسة التشريع . بينما الواجب يقضى بأن يبقى كل علم داخل نطاقه .

(ثالثاً) انها تسند الى القانون الجنائى «موضوعاً» Oggetto ليس هو فى الأصل موضوعه . وتحدد له أسلوباً (أو منهجاً) Metodo ليست له خصائصه وترسم له غاية Fine ليست هى بالذات . .

أما موضوعه فهو دراسة قانون العقوبات المطبق فى زمان معين ، وذلك لاستخلاص « مضمون » contenuto القواعد القانونية السارية فيه . وهكذا فان دراسة القواعد القانونية من زوايا أخرى ينتمى الى علوم أخرى . فدراسة تاريخ القواعد وتطورها ينتمى إلى « تاريخ القانون » ودراسة السند العقلى للقاعدة القانونية ينتمى الى « فلسفة القانون » ، أو « سياسة التشريع » .

وأما منهجه ، فهى منهج «فنى - قانونى» يستخدم وسائل الاستقراء والقياس فى تحليل القواعد وفى تركيبها .

وأما غايته ، فهو تطبيق هذا المنهج فى دراسة القانون الوضعى المطبق فى زمان معين وفى مكان معين (١) .

وهكذا فالالتزام بهذا الموضوع وتلك الغاية واعمال هذا المنهج هو الذى يضعنا فى النطاق الصحيح لعلم القانون الجنائى . ذلك أن علم القانون الجنائى - بحسب طبيعته - علم خاص ، بحصر موضوع دراسته «المباشرة» فى نطاق قانون العقوبات وحده . وهو بحسب وسائله mezzi يهتم فقط بالقانون المطبق فعلا أى بالقانون الوضعى . لكنه يترك لغيره من العلوم (وبالذات لعلم طبائع المجرم وعلم الاجتماع الجنائى) دراسة ظاهرة الجريمة والعقوبة : الأولى بوصفها ظاهرة فردية والثانية بوصفها ظاهرة اجتماعية . لكن هذه التفرقة لا تعنى على الاطلاق اننا ندعو الى جمود القانون الجنائى والى جعله قانوناً شكلياً ينحصر فى مجموعة من الدراسات النظرية المجردة وينعزل عن الحقائق الطبيعية التى ينظمها : فالتمييز distinzione لا يعنى الانفصال والعزل separazione كما لا يعنى مخاصمة العلم وطلاقه (٢) .

---

(١) راجع :
Petrocelli, I limiti, op. cit. pag. 17 e 18; Frosali, Sistema, op. cit., pag. 70.

(٢) راجع : Rocco, Il problema ed il metodo della scienza del diritto penale, in Riv. dir. pen., 1910 I, pag. 497, 561; ID Opere, Roma 1933, III, pag. 263.

٢٨- بهذه النقاط الثلاثة يضع الأستاذ روكو الأمور فى نصابها . فالحق ان نسيان الخصيصة الأولى للقانون الجنائى هو الذى جر الى ذلك التداخل الذريع بين القانون وغيره من العلوم التجريبية . فلأن القانون الجنائى «قانون وضعى» فان العمل الفنى للفقه أو القضاء يجب أن يلتزم بالحقيقة الثابتة فى النظام القانونى . والحقيقة الثابتة فى ذلك النظام هى «القاعدة القانونية» . وفى تفسيره للجريمة يجب أن يواجهها أولا بوصفها «عملا غير مشروع» أى بوصفها فعلا «مخالفاً للقانون» .

وليس معنى ذلك ألا يعتد المفسر بالأبحاث النفسانية أو الاجتماعية أو الانتروبولوجية. أنه قد يعتد بها أحياناً ولكن فى الحدود التى لا تخرجه عن القاعدة القانونية وهدفها المباشر فى تحديد نموذج الجريمة والجزاء المترتب على اقترافها . اننا فى تفسير الجريمة تفسيراً قانونياً لا نستطيع أن ندرسها بوصفها ظاهرة مرضية أو اجتماعية أو نفسانية .فذلك التفسير الأخير قد يهم رجل الطب أو رجل الاجتماع ، ولكنه يخرج عن أهداف رجل القانون . والمشرع الجنائى أو القاضى يستطيع أن يعتد بالأبحاث التى يجريها رجل الاجتماع أو الطب وذلك عند تكوينه للقاعدة الجنائية أو عند تطبيقه إياها ، بيد أنه يعتد بهذه الأبحاث بوصفها أدوات أو «وسائل» فى تكوين القاعدة الجنائية ولكنها ليست فى الأصل «موضوعها» الذى وضعت من أجل تنظيمه وتقرير حكمه .

٢٩- هنا لابد أن نعرض للفرق بين «موضوع» القاعدة القانونية وبين «الوسائل» أو الأدوات التى استخدمت فى تكوينها . فهذا التحديد أساسى فى رسم حدود العمل القانونى وفصله عن العمل غير القانونى . وبالتالى كاشف عن المناطق التى يجوز لرجل القانون أن يرتادها وتلك الموصدة أمامه فان دخلها فقد دخل «منطقة حرام» .

وموضوع أى علم من العلوم بما فى ذلك بداهة علم القانون الجنائى لا يتحدد بأى شىء يرتبط به ، وانما يتحدد فقط بما هو معد لتحقيق غايته

أو هدفه (١) . ولكي يحقق أي علم غايته ، فانه قد يستخدم مجموعة لا حصر لها من الأفكار أو المبادىء التي تنتمي في الأصل الى علم أو فرع من فروع المعرفة . بيد أن هذه الأفكار والمبادىء لا تعكس «موضوع» ذلك العلم ، وانما تصور فقط وسائله أو أدواته mezzi . أما الموضوع oggetto فيظل مرتبطاً أوثق ارتباط بما يحقق هدفه ويوفر غايته ، أي بما يعكس طبيعته ويمثل الخصيصة الجوهرية فيه . فاذا كانت غاية العلوم الفسيولوجية مثلا هي البحث عن القوانين التي تحكم الحياة العضوية للكائنات الحية ، فان موضوع هذه العلوم لا تمثله تلك العناصر العديدة التي تنتمي الى غيره من العلوم ، كالكيمياء والطبيعة بالرغم من أنه يستخدمها كوسائل أو أدوات في الكشف عن حقائقه وتحديد القوانين التي تحكم موضوعه . واذا كانت الظواهر الكونية لا يمكن فهمها الا بضمها جميعاً ، فكذلك العلوم التي ندرسها . بيد أن ذلك لا يجب أن يخفي الحقيقة وهي أن كل علم من هذه العلوم مستقل عن الآخر . وهو مستقل عن الآخر لأن له « موضوعاً » يختلف عن موضوع غيره من العلوم وان اشتركا أحياناً في الأدوات والوسائل .

هذا التمييز بين «موضوع» العلم و«الوسائل» أو الأدوات التي تستخدم في كمال أبحاثه ، قد أهمل في خصوص القانون الجنائي . فغاية علم القانون الجنائي لا تنبسط على ظاهرة الاجرام من جميع زواياها ، وانما تنحصر فقط في دراسة الجريمة وآثارها ، على أساس المبادىء والأصول التي تحكم النظام القانوني – الجنائي . مثل هذه الدراسة لا يمكن أن تكون ملتزمة حدودها إلا من خلال «القاعدة القانونية» . ونحن نعني القاعدة القانونية «النافذة» أي نعني القاعدة القانونية بعد اجتيازها مرحلة « التكوين » وقبل النظر في مدى انطباقها على الواقعة الخاصة ، أي قبل مرحلة «التطبيق» (٢) .

---

(١) راجع : Petrocelli, I limiti della scienza, op. cit., pag. 15.

(٢) راجع في التمييز بين المراحل المختلفة في حياة القاعدة القانونية ، ما سبق فقرة (٨) .

واذا كان الفقه أحياناً يحفل بالعوامل التى أسهمت فى «تكوين» القاعدة أو يعتد بهذه العوامل عند «تطبيقها» فليس معنى ذلك أن هذه العوامل تشكل «موضوع» القاعدة الجنائية وانما معناه فقط أنها من قبيل «الوسائل» التى أسهمت فى تكوينها . فهى اذن من قبيل «العناصر المساعدة» **elementi ausiliari** فى دراسة القانون الجنائى وليست من قبيل عناصره الجوهرية أو الأساسية .

وهكذا فلا يكون «موضوع» القانون الجنائى كل العلوم أو فروع المعرفة الأخرى (كالتاريخ أو الفلسفة) ، وانما قد يستعين بها «المشرع» لحسن تكوين القاعدة القانونية أو يستعين بها «القاضى» لحسن تطبيقه اياها وتفريد العقاب المناسب فيها . أما تفسير القاعدة الجنائية تفسيراً يكشف عن مضمونها ويضعها موضعها من «النظام القانونى» **istituto giuridico** الذى تنتمى إليه (وهو عمل الفقه **la dogmatica**) فلا يعتد بهذه الوسائل أو العوامل المساعدة وانما يعتد فقط بموضوع القاعدة (١).

وعلى هذا الأساس فاذا كان علم الاجتماع الجنائى (بوصفه مختصاً بدراسة الجريمة من وجهة النظر الاجتماعية) لا يكون «موضوع» القانون الجنائى فان الالتجاء اليه لايجب أن يتم فى مرحلة التفسير الفقهى للقاعدة وانما يتم فقط فى مرحلة التكوين أو التطبيق **Fromazione od Attuazione**. ذلك لأن دراسة العوامل الاجتماعية للجريمة تخدم — من ناحية أولى— «الشارع» ولهذا يأخذ فى الاعتبار بهذه العوامل ويضع نموذجاً للعناصر التى تتكون منها الجريمة كما يرصد الجزاء المناسب لها . وكذلك فهذه الدراسة تخدم — من ناحية أخرى — «القاضى» فى لحظة التطبيق، فيتخير العقوبات أو التدابير المناسبة نوعاً ومقداراً ، أو فى لحظة التنفيذ (فى نظام قاضى التنفيذ) فيقرر المعاملة المناسبة للمحكوم عليه .

---

(١) راجع بتروشلى ، مقاله السابق ، فقرة (٥) صفحة ١٣ وما بعدها .

وكذلك الشأن بالنسبة لعلم طبائع المجرم . فأهمية هذا العلم تظهر فى مرحلة «تكوين» القاعدة الجنائية إذ يمد المشرع بالأسباب المانعة أو المخففة للمسئولية وكذلك يمده بوسائل الدفاع ضد أفعال الأشخاص الخطرين وان كانوا غير مسئولين . كما تظهر أهميته عند «تطبيق» القاعدة ، فيرشد القاضى الى الجزاء المناسب كما وكيفا ويحدد المعاملة المناسبة للمجرم لكى تحقق العقوبة أو الجزاء الهدف المقصود منها .

ونفس الشىء يمكن أن يقال بالنسبة للسياسة الجنائية . وحتى اذا أخذنا بتعريف أنريكوفرى لها من أنها « فن الملاءمة بين حاجات المجتمع وبين القواعد التى يضعها علم الاجتماع الجنائى للدفاع الاجتماعى بالجزاء الواقى أو الرادع »(١) فانه يتضح أن « السياسة الجنائية » مسألة تخص «المشرع» وحده وهى تؤدى وظيفتها عند «تكوين» القاعدة الجنائية وبهذا تظل خارج نطاق النظام الجنائى نفسه (٢) .

٣٠- بهذا تتضح قيمة المذهب الفنى — القانونى بجلاء . فهو قد خلص القانون من تجريدات المدرسة التقليدية وايمانها بوجود قانون طبيعى ثابت خالد . وهو قد رد المدرسة الوضعية الى مكانها الصحيح واعتبر العلوم التجريبية من قبيل «العلوم المساعدة» لعلم القانون الجنائى لأنها ليست إلا «وسائل» يستعين بها المشرع أو القاضى عند تكوين القاعدة الجنائية أو عند تطبيقها . أما الحقيقة الأساسية التى لا يجب تجاهلها بحال من الأحوال فهو أن الدراسة القانونية انما تنصب على « القانون الوضعى » ، وأن الحقائق الواقعية أو المثالية انما يتصل بها المفسر من خلال القاعدة ، فهى — بالأكثر مصادر للقاعدة الجنائية تسهم فى تكوينها ولكنها لا تحل محلها (٣) .

---

(١) راجع : E. Ferri, Principi, op. cit. pag.

(٢) راجع : Petrocelli, I limiti, op. cit. pag.

(٣) فى هذا المعنى يقرر الأستاذ دلوجو : «إن المفسر يستطيع أن يلجأ أحياناً الى المصادر الواقعية للقاعدة القانونية ، بمعنى أنه يستطيع أن يلجأ — عند اللزوم — الى الاحساس القانونى =

واذا كانت الحقيقة الأكيدة — فى النظام القانونى — هى القاعدة القانونية La norma penale فان العلم الجنائى (وهو علم قانونى بلا جدال) يجب أن يلتزم بها ، فهذا هو الأساس الواقعى الوحيد الذى يمكن التسليم به اذا أردنا أن نحفظ للعلم الجنائى طابعه الأساسى من أنه علم «قانونى» .

وبالرغم من أن «موضوع» الدراسة العلمية فى القانون الجنائى هى «القانون الوضعى» ، إلا أن «القاعدة القانونية» لا تستغرق كل هذا الموضوع . فهى —بتعبير الأستاذ بتروشللى— « نقطة البداية » فى الدراسة العلمية (١) ، وبوصفها الحقيقة الأكيدة فى النظام القانونى ، فانها يجب أن تكون «المقدمة» premessa فى كل نتائج البحث العلمى فى القانون . بيد أن الفقيه وهو يجرى أبحاثه القانونية لا ينحصر عمله فى مجموعة هذه القواعد أى فى «القانون» Il Diritto وانما الفقيه ينفتح عمله على نطاق أوسع وأرحب : نطاق « العلم القانونى » La Scienza del diritto وهذا هو الجانب «الفنى» tecnico فى عمل الفقيه .

ان «القانون الوضعى» ينحو دائماً الى أن يكون صورة مطابقة للحقائق الاجتماعية. ومن أجل هذا فهو دائم التغير على الزمان . وهو واضح الاختلاف حسب المكان ، لأن الحقائق الاجتماعية تتغير بتغير الزمان والمكان . أما «العلم القانونى» فهو «واحد» لايتغير . انه ينحو الى الاكتمال والاثراء، ولهذا تزداد أدواته وتتحسن طرائقه . أما جوهره فهو واحد دائماً : البحث عن الحقيقة فى القاعدة القانونية والارتفاع بها فى أفكار concetti ومبادىء principi ومنظمات عامة Sistema . آية ذلك : أنه يمكن للفقيه أن ينتقل من فرع الى آخر من فروع القانون أو ينتقل من دراسة قانون ملغى إلى دراسة قانون

= والعدالة وطبائع الأشياء والقانون الطبيعى . ولكن هذا كله بقصد أن يوجد « نقاط ارتكاز » فى تفسير « القاعدة وليس بقصد انشاء قواعد جديدة من خلقه هو. فالتفسير يجب أن يظل « اكتشافاً » découverte القاعدة وليس خلقاً أو انشاء لها invention » .

راجع دلوجو « أسباب الاباحة » ، ص ٢٣ وما بعدها .

(١) بتروشللى ، المرجع السابق ، ص ٣٦ .

جديد دون أن يتغير «فنه القانونى» . هنا يتغير «القانون الوضعى» لكن «العلم القانونى» لا يتغير . فهو يبحث عن «العام» فى ثنايا «الخاص». وهو يستخلص «المبدأ العام» من جماع أجزاء متناثرة . وهو يبنى « الفكرة الجامعة » من عديد من الوقائع المتغيرة . وذلك كله بالملاحظة المستمرة للجزئيات والفروع والوصول بها الى الأصل العام . هذا هو جوهر العمل العلمى وهو خصيصته المميزة .

٣١ – وهكذا تتحدد أسس المنهج « الفنى – القانونى » فى دعامات ثلاثة :

(أولا) إن موضوع البحث العلمى هو «القانون الوضعى» وإن نقطة البداية فيه هى «القاعدة القانونية» .

(ثانياً) إن العلوم التجريبية ليست إلا «وسائل» أو أدوات يستعين بها «المشرع » عند تكوين القاعدة الجنائية ويلجأ اليها القاضى عند تطبيقه . وبهذا يجب ألا تختلط موضوعات هذه العلوم بموضوع القانون الجنائى .

(ثالثاً) ان «غاية» العلم القانونى (وهو عمل الفقه الأساسى) هو بناء «منظمات قانونية عامة» **istituti e sisteme** . « ووسيلته » هى استخدام قواعد المنطق والمبادىء العامة التى تحفل بها النظرية العامة للقانون .

تقدير المنهج الفنى – القانونى :

٣٢ – بعد هذا المد الساحق لفكر المدرسة التاريخية وغلبة الفقه التجريبى للمدرسة الوضعية ووقوع الفقه الجنائى فى بلبلة عظيمة ، جاءت المدرسة الفنية – القانونية كى تستنقذ دراسة قانون العقوبات من الضياع ، وترسم الحدود الفاصلة بينه وبين العلوم المساعدة ، وتؤكد حقيقة لا سبيل الى انكارها أو التجاوز عنها : وهى أن عمل الفقه الجنائى له موضوع واحد ، هو دراسة القانون الوضعى **Il diritto positivo** (١) .

---

(١) راجع Antolosci, Per un indirizzo realistico nella scinza del diritto penale, in Scritti, pag. 13 - 14.

وبرغم ما يقال من أن هذه الحقيقة « بدهية » لا تحتاج الى نقاش (١) ، فالذى لا شك فيه أن الطابع الواقعى التجريبى للمدرسة الوضعية قد وجه العمل كله وجهة «الواقعة» Il fatto لا «الجريمة» وصرف الانتباه ناحية « الانسان الخطر » لا « الانسان المسئول » . وبهذا اختلطت حدود الفقه بالتشريع ، وتداخل القانون مع الواقع ، وضاعت أهم خصائص الفقه القانونى من أنه مختص فقط بدراسة القانون المطبق . ومقيد بحدود قواعده الملزمة .

على أن ذلك لم يكن فضل الاتجاه «الفنى –القانونى » الوحيد : فهذا المذهب الجديد قد أظهر أن البحث فى القانون الوضعى (البحث الفقهى على الخصوص) لا يمنع من أن يكون «علمياً» .

بيد أن «البحث العلمى» هنا لا يناظر معناه فى العلوم الطبيعية وانما يستمد طرائقه من أصول القانون والمنطق . وبهذا يظل العلم دائماً « علماً للقانون » Scienza del diritto . وهذا العلم القانونى ليس هو بالذات مجموعة القواعد القانونية « الوضعية » ، وانما هو شيء أوسع من ذلك وأكبر . لأنه وان كانت قواعد القانون الوضعى هى مقدماته الحتمية ، فانه يتجاوزها الى بناء «نظام» Sistema للقانون له أسس عامة مبناها الأفكار والمبادىء والأصول العامة .

بيد أنه من هذه الزاوية . زاوية الهدف «العلمى» للفقه ، بدأ الهجوم على المنهج الفنى – القانونى . هجوم برره التطرف – من جانب أنصاره – فى استعمال وسائل المنطق وطرائق التركيب . وغذاه – من جانب خصومه – الايمان بمناهج أخرى للتفكير ألبست عدة أسماء ، كالمنهج الانسانى (٢)

---

(١) فى هذا يقرر الأستاذ فلوريان : أن الفقه الوضعى يتصور الجريمة – هو أيضاً – ظاهرة قانونية ولا يمكن أن يكون الأمر عنده غير ذلك .

راجع Florian, Parte generale, op cit., no 12 pag. 26.

(٢) راجع Carnevale, Diritto crimimale, Roma, 1932 I, pag. 63.

La Scuola umanista أو المذهب الغائى (١) **L'indirizzo teleologico**
أو المنهج الواقعى للحياة (٢) **L'indirizzo realistico**

٣٣- هذه المذاهب المتعددة . على اختلاف أسمائها ، تلتقى جميعاً عند فكرة واحدة : هى أن المذهب «الفنى – القانونى» قد جعل البحث فى قانون العقوبات بحثاً نظرياً عقيماً لا علاقة له بالقانون المطبق فى المحاكم ، وأنه استحدث لغة جديدة لم يعد يفهمها أحد . والسبب فى ذلك أنه جعل البحث العلمى فى القانون محكوماً بطرائق المنطق وأساليبه الشكلية حيث يجب أن يكون البحث فيه «غائياً» **teleologico** محكوماً بأهداف القانون وعلله الجوهرية . وأن ضرورة الحفاظ على حيوية القانون تقضى بأن يطرح هذا المنهج الشكلى جانباً ، لكى يحل محله منهج قانونى مبسط ، خال من التعقيدات والتراكيب الهندسية ، يضع فى الاعتبار الأول أهداف القانون ويصح تسميته بالمذهب الانسانى أو الغائى أو الواقعى للحياة (٣) .

٣٤ – وعندما ينتهى منهج من مناهج التفكير بالقانون هذه النهاية ، فيحيل القاعدة القانونية الى مجرد «شكل» أو قالب خال من المضمون ، ويقطع الصلة بين القانون وواقع الحياة ، ويجعل العلم القانونى فرعاً من فروق المنطق أو الجبر أو الحساب ، عندما ينتهى الى ذلك كله ، فان أحداً لا يستطيع عندئذ الدفاع ، بل من واجبه – اذا أراد أن يظل فى جانب القيم الأصيلة للقانون – أن يرفع راية الاستسلام . لكن من حقنا هنا أن نتساءل : هل صحيح أن المنهج

---

(١) راجع **Treves, Il metods teleologico nella filosfia**
راجع **e nella scienza del diritto, in Riv. intern. fil. dir., 1933, fasc. IV —V.**
وهذا الاتجاه قد تبلور فى مدرسة جديدة فى ألمانيا عرفت باسم **Interssenjurisprudenz**
راجع . **Treves, op. cit. pag. 7 — 8.**

(٢) راجع **Antolisei, per un indirizzo realistico, op. cit., pag. 28 e segg**

(٣) راجع
De Francisco, Ai guristiitaliani, in Nuovi studi, 1932, pag. 269 ess., De Marsico Il pensiero di Alessandro Stoppato e gliattuali orientamenti del dirtto penale, 1933, pag. 23 e 55.; Antolisei, Per un indirizzo realistico, op. cit., pag. 10 e seg

«الفنى — القانونى» مذهب «شكلى» للقانون ، وأن البحث العلمى على هداه يقطع الصلة بواقع الحياة ؟

نحن لا ننكر أن المنهج « الفنى — القانونى قائم على شقين : شق « فنى » tecnico وشق «قانونى» giuridico وأن الشق الأول يهتم «بالجانب الشكلى» فى البحث العلمى ، لأنه خاص باستخدام طرائق المنطق فى الاستقراء والقياس من أجل بناء النظم القانونية واستخلاص المبادىء العامة فى القانون . أما الشق الثانى ، فيتعلق «بالجانب الموضوعى » لأنه يجعل البحث مركزاً فى دراسة «القانون الوضعى» باعتبار أن القانون الوضعى هو الحقيقة الوحيدة المؤكدة ، ومن ثم فلا مجال للخلط بينه وبين «القانون الطبيعى» — من ناحية — ولا تداخل بين القانون (الجنائى) وبين العلوم الجنائية المساعدة له ، من ناحية أخرى (١) .

وهكذا فالجانب «الفنى» فى هذا المنهج ليس هدف الفقيه أو الباحث القانونى ، ولكنه «الوسيلة» il mezzo التى يستخدمها الفقيه لكى يصل الى أحسن النتائج فى فهم القانون : ولأنه وسيلة الى فهم «القانون» فلا يصح الزعم بأن القانون قد استحال الى «منطق» وانما الأصح أن يوصف المنطق بأنه وضع فى خدمة القانون (٢) .

والآن ، هل لأننا نستخدم المنطق ونسخر طرائقه فى الاستخلاص العقلى السليم ، هل يقال إن القانون قد أفسد وأن القاعدة القانونية قد أفرغت من محتواها ؟ ان كثيراً من الفكر القانونية لا يمكن تحديدها استناداً الى قاعدة وضعية واحدة ، وانما يلزم ملاحظة عدد عديد منها لكى نستخرج فكرتها

---

(١) راجع Rocco, Il problema ed il metodo, op. cit, Pag. 509.

(٢) فى هذا المعنى يقرر الأستاذ بتروشللى «أن وصف هذا المنهج بأنه منهج «فنى» tecnico لم يحدد بعد تحديداً كافياً . وهذا التعبير يصح أن يكون له معنيان : فهو إما أن يعنى أولا مجموعة الطرائق التى يستخدمها علم من العلوم ، وبهذا تعبر هذه المجموعة عن «المعالم الخارجية» لمنهج البحث فيه . وإما أن يعنى ثانياً تطبيق مبادىء العلوم الطبيعية على القانون . والمقصود بداهة هو المعنى الأول فكل علم (ومنها علم القانون) له أساليبه الخاصة ولهذا يصح وصفها بأنها أساليب «الفن القانونى» tecnicismo guridico

راجع Petrocelli, I limiti, op. cit., pag. 38 note (60).

الجامعة أفيقال لهذا أننا زيفنا هذه القواعد وجعلناها — عند التطبيق — جثثاً هامدة ؟ ان فكرة الارادة والقصد والضرر والخطر والفعل والامتناع والحدث والادراك والسببية ، والغالبية العظمى من الفكر التى يحتويها القسم العام من قانون العقوبات ،هى من نتاج الاستقراء المنطقى «فى قواعد القانون» (١) ، فهل كان من الواجب التنازل عنها لمجرد انها لم تستمد من القاعدة الوضعية «مباشرة» وانما استخلصت من جماع عدة قواعد ، بإعمال وسائل المنطق ؟ ، شيء واحد نعترف به ونتزل على مقتضاه : هو المبالغة فى استخدام الأساليب المنطقية فيغلب الجانب الشكلى على الجانب الموضوعى ، وتصبح «الوسيلة» غاية البحث فى القانون . بيد أن هذا انحراف لا شك فيه . وهو عيب الشخص لا المذهب بل هو اساءة الفقيه الى المنهج الفقهى (٢) .

أما المنهج الفنى — القانونى ، فلا يضحى بالقانون من أجل المنطق ولا يضيع «الغاية» من أجل «الوسيلة» . والفقيه الأمين لتعاليم هذا المنهج هو من يضع «الوسيلة» فى خدمة «الغاية» وإلا وقع فيما وقع فيه الوضعيون حين أرادوا أن يستخدموا علم الاجرام فى تفسير الجريمة والمجرم فحددوا نماذج لهما فى «الواقع» لا فى صلب «القانون» ، وبهذا اختلطت حدود القانون الجنائى بالعلوم المساعدة اياه .

أما بناء الأفكار واستخلاص الأصول والمبادىء العامة فلا يمكن أن يعد عيباً يسند الى هذا المنهج . والا فكيف نميز «العام» من «الخاص» وكيف

---

(١) نحن نبرز عبارة «فى قواعد القانون» كى نبين أن الاستقراء منصب على قواعد القانون وأنه مسخر لخدمته ، فهو ليس منطقاً خالصاً ولكنه منطق قانونى ، أو خيراً من هذا ، هو من قبيل «الفن القانونى» .

(٢) وفى الاشارة الى ظاهرة الاسراف فى البحوث النظرية فى ايطاليا برغم ما لها من قيمة عملية ضئيلة ، يقرر الأستاذ انتوليزى : «أن هوس التقسيمات والتفريعات قد أوقعنا فى أحابيل الجدل العقيم . فظهرت مؤلفات حبلى ذات اسانيد ومراجع عديدة ، ولكنها للأسف لاتخدم العمل ولاتصلح للقراءة . انها تغرقنا فى بحر متلاطم من الكلمات الجوفاء وتخفى حقيقة مروعة: جدب الفكروعقم مستواه» .

راجع Antolisci, per un indirizo realistico, op. cit., pag. 15.

نفرق «القاعدة» من «الاستثناء» وكيف نرد« الفرع » الى «الأصل» اذا لم يتم ذلك كله على أساس التحليل والتركيب ، أى على أساس القياس والاستقراء فى المنطق ؟ ان الاستاذ انتوليزى نفسه — وهو الذى يوجه للمنهج الفنى — القانونى أعنف النقد — ليعترف قائلا : «لا أحد يستطيع أن يجادل فى أن القانون يعتمد على الطرائق الجدلية فى المنطق (أى التحليل والتركيب) ، لأن أحداً لا يستطيع أن يجادل أن عصر « الشرح على المتون » قد ولى الادبار. وعمل الفقه الأصيل هو فى بناء الأنظمة القانونية istituti giuridici وكذلك — وفى حدود المعقول — اقامة المنظمات العامة « Sistemi (١) فاذا كان ذلك — باعتراف الأستاذ انتوليزى — هو عمــــل الفقه الأصيل ، ففيم النعى على المنهج «الفنى — القانونى» اذن بأنه يدعو الى استخدام ذلك الأسلوب ؟ ربما كانت ثورة الأستاذ انتوليزى ضد الانحراف ، ضد ذلك القدر الذى خرج «عن حدود المعقول» بحسب التعبير الذى ارتآه . فاذا كان الأمر كذلك ، فاننا نضم اليه صوتاً ونتفق معه كل الاتفاق . لكن هذا لا يعنى بحال أننا ضد «إعمال» هذا المنهج وانما معناه اننا ضد «سوء الإعمال» .

٣٥— لكن دعنا من كل ما تقدم ، فعيوب المنهج «الفنى — القانونى» تتحصل — فى نظر خصومه — فى ثلاثة :

(أولا): الزعم بأن القانون له نظام قانونى متناسق بينما الحقيقة أن الخصيصة الأولى فى القانون هى عدم استوائه وعدم امكان تعليله بمبدأ عام .

(ثانياً): الزعم بأن المنهج الفنى هو دائماً واحد لا يتغير (٢) .

(ثالثاً): انقطاع صلة هذا المنهج بالعمل La Pratica

---

(١) راجع Antolisei, Per un indirizzo realistico, op. cit.,pag. 20.

(٢) Antolisci, Per un indirizzo op. Cit. , h,ag 16 e 22.

وفى رأينا أن هذه العيوب التى تسند الى المنهج الفنى مردها الى خطأ واحد . خطأ نابع من تصور «القانون» Il Diritto و«العلم القانونى» La Scienza del diritto شيئاً واحداً ، بينما الحقيقة انهما شيئان مختلفان . وما ينعاه خصوم هذا المنهج يصح فيما لو كنا نتكلم عن «القانون الوضعى» ، اذ لا شك أن القانون الوضعى ملىء بالعيوب والثغرات Lacune وأن مسألة استوائه التام أبعد ما تكون عن الحسبان (١) . كذلك فلا شك أن «القانون الوضعى» دائم التغير والتطور بتغير الزمان والمكان بل وبتطور أساليب الحياة فى المجتمع الواحد (٢) .

أما العلم القانونى ، أو فن القانون اذا شئت ، فهو واحد لا يتغير ، والا فهل يمكن أن تتغير — من القانون الملغى الى القانون المطبق — عملية استخلاص «العام» من «الخاص» ؟ وهل يختلف العمل الفقهى من ايطاليا الى فرنسا فى استنباط «القاعدة» من «الاستثناء» ؟ وهل تتنوع عملية بناء «النظام القانونى» لمجموعة من الجرائم فى القانون القديم عنها فى القانون الجديد طالما أن ما يجمع مجموعة من الجرائم فى اطار « نظام قانونى » واحد هى دائماً فكرة «المصلحة» أو «المال» محل الحماية الجنائية ؟ .

والآن عندما يقال ان «القانون» لا يمكن أن يكون مستوياً متناسق الأعضاء فإنا نجيب بأنه اذا كان المقصود بذلك هو «القانون الوضعى» Diritto positivo فان هذا القول يلقى منا كل تأييد . أما اذا كان المقصود به «العلم القانونى» فاننا لا نستطيع أن نقف — من هذا الزعم — موقف التأييد (٣) .

---

(١) والسبب فى ذلك بداهة أن القانون وليد اعداد تشريعى متعدد المراحل وبهذا فلا يمكن اعتباره سوياً قائماً على فكر واحد .

راجع Antolisci, op. cit., pag. 17; Petrocelli, op. cit. pag. 36 e 55.

(٢) Petrocelli, op. cit. loc. cit.

(٣) فى هذا المعنى يقرر الأستاذ بتروشللى : «إن وحدة العلم القانونى مستمدة من وحدة أصوله وطرائقه الفنية . أما موضوع هذه العلم فهو دائماً القانون الوضعى ، وهذا موضوع واقعى متعدد . واذا كان «القانون الوضعى» هو الموضوع الأوحد لعلم القانون فهل هناك عدة علوم=

٣٦– على أن العيب الأخطر – فى نظرنا – مما تقدم كله ، يتمثل فى رمى المنهج الفنى – القانونى بأنه لا يخدم «العمل» ، وأن النتائج العملية – لمقدمات التحليل والتأصيل الضخمة – هى فى الغالب نتائج هزيلة يمكن الغناءعنها . فاستخدام هذا المنهج – طبقاً لتشبيه ساخر للأستاذ أنتوليزى– يشبه استخدام المدفع فى صيد عصفور (١) Adoperare il cannone per uccidere un passerotto لكن هل هذا الزعم صحيح ؟ هل صحيح أن استخدام أساليب المنهج الفنى – القانونى يؤدى الى قطع الصلة بالعمل أو فى الأكثر يؤدى الى ترتيب نتائج ضعيفة أو ضئيلة ؟

لكننا قبل أن نجيب على هذا الاتهام الخطير ، نود أن نتفق أولا على معنى «العمل» ؟ ذلك أنه اذا كان المقصود بالعمل Pratica ذلك المعنى الغامض الجارى على الألسن دون تحديد واضح senso volgare ، من أن العمل هو التطبيق الآلى أو الفورى للقانون،المكتسب بطريق الاعتياد على حل معين ، دون معرفة حقيقية بأساس هذا الحل ، اذا كان هذا هو المقصود ، فإنا نجيب على الفور بأن المنهج «الفنى – القانونى » لا يعترف بمثل هذه الغاية ولا يريد أن يخدمها .

أما اذا كان المقصود «بالعمل» ، تلك الحلول المعروفة الأساس،المستندة الى مبدأ عام أو مجموعة من المبادىء ، فإنا نستطيع أن نقرر أنه ليس هناك منهج يفضل المنهج الفنى فى خدمة هذا الهدف (٢) .

= تتعدد بتعدد القوانين؟ ان العمل الأساسى للفقه هو أن يفسر القانون الوضعى وأن يحوله الى بناء منظم. وبناء هذه الأنظمة يؤدى فى النهاية الى فهم القاعدة والعلم بمضمونها وتيسير تطبيقها فى القضاء لكن العمل الفقهى لا يستغرقه شرح القواعد القانونية وحدها . وانما هذه هى نقطة البداية فيه . وان واجب الفقيه أن يبدأ هذه البداية لكن من واجبه أن يجرى ابحاثه العلمية أيضاً » .

راجع Petrocelli, op. cit., pag. 36, e 36.

(١) راجع Antolisel, Per un indirizzo realistico, op. cit. pag. 26.

(٢) راجع Petrocelli, Ilimiti, op. cit. pag. 54.

والآن ، ليس صحيحاً ذلك الزعم من أن المنهج الفنى يقطع صلة القانون بالواقع ، وانما الصحيح أن هذا المنهج يوجد سبباً صحيحاً مستمراً لتفسير الواقع واستنباط الحقيقة فيه . وبدلا من أن تنقطع الصلة بين النظرية والتطبيق، وندع الحلول تأتى فى كل مرة كيفما اتفق ونترك تطبيق القانون للمزاج أو الذوق أو الملكة ، فان هذا المنهج يدعم الأساس ويفسر السبب ويوحد الحلول وبهذا أيضاً يصبح تطبيق القانون أكثر انتظاماً ويسراً .

«يتبع»

المبحث الثانى

نتائج تطبيق المنهج العلمى فى

تفسير وتطبيق قانون العقوبات
